

Aspectos Generales de la Potestad Punitiva del Estado:

La Identidad Sustancial entre Delitos e Infracciones Administrativas y la Aplicación Analógica de la Ley



Javier Enrique Merlano Sierra

Libro digital



C O R P O R A C I O N
UNIVERSIDAD
DE LA COSTA
1970
VIGILADA MINECUCACIÓN

Aspectos Generales de la Potestad Punitiva del Estado:

La Identidad Sustancial entre Delitos e Infracciones
Administrativas y la Aplicación Analógica de la Ley

Merlano Sierra, Javier Enrique

Aspectos generales de la potestad punitiva del estado:
la identidad sustancial entre delitos e infracciones
administrativas y la aplicación analógica de la ley /
Javier Enrique Merlano Sierra. – Barranquilla:
Educosta, 2017

115 páginas (Ebook, Formato pdf)

ISBN: 978-958-8921-37-2

1. Derecho penal 2. Legislación
3. Actos administrativos

345.02 M564

Co-BrCuC

Aspectos Generales de la Potestad Punitiva del Estado:

La Identidad Sustancial entre Delitos e Infracciones
Administrativas y la Aplicación Analógica de la Ley

Javier Enrique Merlano Sierra



2017



Aspectos Generales de la Potestad Punitiva del Estado:

La Identidad Sustancial entre Delitos e
Infracciones Administrativas y la
Aplicación Analógica de la Ley

Autor: Javier Enrique Merlano Sierra

CORPORACIÓN UNIVERSIDAD DE LA COSTA
Barranquilla - Colombia - Sur América

ISBN (Digital): 978-958-8921-37-2

Primera Edición
Editorial Corporación Universidad de la Costa,
EDUCOSTA
Departamento de Gestión Editorial y Publicaciones
Corporación Universidad de la Costa
Calle 58 No. 55-66
Teléfono: (575) 336 2272
educosta@cuc.edu.co

Lauren J. Castro Bolaño
Directora Departamento de
Gestión Editorial y Publicaciones

Carolina Mercado Porras
Auxiliar Departamento de
Gestión Editorial y Publicaciones

Corrección de Estilo
Diagramación
Diseño de Portada:
Dolores López

Fotografía portada: Pixabay

Hecho el depósito que exige la ley.

©Todos los derechos reservados, 2017

Esta obra es propiedad intelectual de sus autores y los derechos de publicación han sido legalmente transferidos al editor. Queda prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio sin permiso por escrito del propietario de los derechos del copyright®

FUNDADORES

CORPORACIÓN UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC

EDUARDO CRISSIÉN SAMPER
RUBÉN MAURY PERTUZ (q.e.p.d)
NULVIA BORRERO HERRERA
MARÍA ARDILA DE MAURY
RAMIRO MORENO NORIEGA
RODRIGO NIEBLES DE LA CRUZ (q.e.p.d)
MIGUEL ANTEQUERA STAND

PERSONAL DIRECTIVO

CORPORACIÓN UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC

TITO JOSÉ CRISSIÉN BORRERO Rector	CARMEN MEZA ESTRADA Departamento Arquitectura y Diseño
GLORIA CECILIA MORENO GÓMEZ Vicerrectora Académica	LIGIA ROMERO MARÍN Departamento de Derecho y Ciencias Políticas
HENRY MAURY ARDILA Vicerrector de Investigaciones	NOEL VARELA IZQUIERDO Departamento Gestión Industrial, Agroindustrial y Operaciones
JORGE MORENO GÓMEZ Vicerrector de Extensión	LISETTE HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ Departamento de Gestión Organizacional
JAIME DÍAZ ARENAS Vicerrector Administrativo	ALICIA INCIARTE GONZÁLEZ Departamento de Humanidades
ROSMERY TURBAY MIRANDA Vicerrectora de Bienestar	MARÍA DEL MAR SÁNCHEZ Departamento de Psicología del Individuo
HERNANDO ANTEQUERA MANOTAS Vicerrector Financiero	MARINA MARTINEZ GONZÁLEZ Departamento de Psicología de las Interacciones Sociales
ALFREDO GÓMEZ VILLANUEVA Facultad de Arquitectura	JENNY ROMERO DE CUBA Departamento Economía, Contabilidad y Finanzas
JAVIER MORENO JUVINAO Facultad de Ciencias Económicas	JUAN CABELLO ERAS Departamento de Energía
JOSÉ LOZANO JIMENEZ Facultad de Ciencias Sociales y Humanas	EMIRO DE LA HOZ FRANCO Departamento de Ciencias de la Computación y Electrónica
ALFREDO PEÑA SALOM Facultad de Derecho	ALDEMAR DE MOYA CAMACHO Departamento de Ciencias Naturales y Exactas
FAIRUZ OSPINO VALDIRIS Facultad de Ingeniería	LUIS SILVA OLIVEIRA Departamento de Civil y Ambiental

Me corresponde el deber de expresar mis más sinceros agradecimientos a la comunidad estudiantil de la Universidad de la Costa CUC, quienes sin hesitación alguna han exigido cada día profundizar conocimientos y mejorar la estructura y los recursos para la investigación científica, así como a la institución, la cual – bajo el liderazgo del señor rector, Dr. Tito Crissien Borrero y la vicerrectora académica, Dra. Gloria Moreno Gómez- promueve y exige mayores esfuerzos en calidad académica.

A los profesores, todos ellos quienes en el camino me han brindado no sólo su confianza, sino su conocimiento -depurado sin egoísmo ni recelos-, despertando en mí una profunda admiración; entre ellos principalmente a Jorge Merlano y Adalgiza Sierra.

Javier Merlano Sierra

Barranquilla, Colombia

Abril de 2017

Contenido

Presentación	11
Introducción	13
Capítulo 1	
La potestad punitiva del estado y sus manifestaciones en el derecho penal y el derecho administrativo sancionador	20
Generalidades	20
La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador	24
Los principios del ius puniendi del Estado o la aplicabilidad de los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador, según la doctrina y la jurisprudencia	30
La estructura del ilícito y la identidad entre el delito y la infracción	37
Capítulo 2	
La identidad sustancial entre delitos e infracciones administrativas	42
Generalidades	42
El principio de legalidad de las actuaciones administrativas	46
El principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador	56

Capítulo 3

La integración normativa y la aplicación anológica del derecho sancionador

¿permisión o prohibición?	63
Generalidades	63
Concepto de analogía	66
Regulación	70
Fundamento de la analogía	73
Clasificaciones	74

Capítulo 4

La recepción de la analogía in bonam partem en el derecho administrativo sancionador

	84
Generalidades	84
La analogía in bonam partem en el derecho penal	85
La admisión de la analogía en el derecho administrativo	88
La analogía in bonam partem en el derecho administrativo sancionador	95
Conclusiones	95
Referencias	99

El estado actual del ejercicio de la potestad punitiva del Estado implica el establecimiento de límites a un poder excepcional y unitario radicado en cabeza de las autoridades públicas, por medio del cual se emplean recursos para la prevención, corrección y represión de ilícitos penales o administrativos, que se contienen y racionalizan a través del derecho penal y del derecho administrativo sancionador. El autor propone desde los fundamentos axiológicos del derecho penal y de las diversas expresiones del derecho administrativo sancionador, la existencia de una identidad ontológica sustancial entre delitos e infracciones administrativas, la cual permite el empleo legítimo de medios de interpretación e integración del sistema normativo, tales como la analogía, ante eventuales vacíos legislativos, a pesar de la existencia de diferencias que justifiquen una matización de principios sancionadores según la manifestación del orden jurídico en que se concrete el ejercicio de dicha potestad.

El curso de la investigación permitió verificar que el Consejo de Estado ha implementado esta propuesta en casos tales como el relativo a la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho sobre la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad de un senador, aplicando normas de procedimiento penal y cooperación internacional en materia penal relativas a la licitud de la prueba, avanzando en la propuesta más allá de su aspecto exclusivamente sustancial.

Presentación

La responsabilidad, como institución jurídica horizontal, permea todas las ramas del derecho, bien puede ser derivando sus consecuencias en la obligación de resarcir patrimonialmente los daños causados, o imponiéndose una sanción de naturaleza penal o administrativa. Cualquiera sea su naturaleza, le corresponde al servidor público adelantar un debido proceso tanto en instancias administrativas como judiciales, tal como lo establece el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia en armonía con las disposiciones internacionales, con todas las garantías de la ley frente al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, como instrumento para garantizar los derechos de los administrados frente al ejercicio de las prerrogativas del poder.

Esta idea directriz se aborda en el marco del programa de investigación sobre potestad sancionadora de la administración pública y responsabilidad, adelantado dentro de la línea de investigación en Gobierno, Política y Sociedad del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Costa, CUC. La obra propone una mirada interdisciplinar acerca de la responsabilidad desde el derecho público, ofreciendo fundamentos teóricos para la aplicación práctica en las distintas ramas que integran esta área de la disciplina, y que estimulan nuevos cuestionamientos que promueven la continuidad de la investigación científica sobre la responsabilidad y el derecho administrativo sancionador.

El desarrollo del proyecto ha permitido la divulgación de avances de investigación, entre cuyos productos

se encuentra el artículo titulado *"La identidad sustancial entre el delito y la infracción administrativa. Anotaciones a propósito de la aplicación analógica de la ley en el derecho administrativo sancionador"* (Merlano, 2008) en el cual se documentan las razones fundamentales que permiten lograr los objetivos de la investigación; así como los artículos *"La responsabilidad jurídica de abogados y administradores de justicia en el derecho colombiano"* (Merlano, 2010) y *"Calificación de invalidez: salud pública, debido proceso y responsabilidad del particular en ejercicio de la función pública"* (Merlano, 2011), derivados del mismo proyecto.

Las principales limitantes enfrentadas en el curso de la investigación son: la inexistencia en el derecho positivo colombiano de una codificación que unifique el derecho administrativo sancionador nacional, por lo que el estudio de la normativa resulta disperso y sectorial, así como la falta de bibliografía referida al objeto de la investigación.

Los resultados que contiene el presente documento promueve que se desarrolle aun más desde la investigación científica en el derecho público al proponer bases que contribuyan a una regulación óptima del derecho administrativo sancionador y, así, contribuirán al establecimiento de bases sólidas que consoliden el reconocimiento de garantías ciudadanas de un debido proceso en instancias administrativas frente al vacío que se presenta en la normativa administrativo-sancionadora nacional, permitiendo tanto a los jueces como a los administrados recurrir a las instituciones jurídicas garantistas frente a las competencias sancionatorias de las autoridades administrativas, aun frente a la ausencia de normas de derecho positivo.

Introducción

Las consideraciones acerca del poder represor del Estado abordan los más amplios discursos de la filosofía política, que justifican tanto la existencia misma del Estado, como el derecho de insurrección de los administrados ante la contingencia que implica el ejercicio de un poder tan amplio. Como contra cara de la política, desde la ciencia del derecho (la cual pretende un análisis sistematizado de las relaciones que surgen de la vida en sociedad), son también álgidos los debates en torno a las más diversas formas bajo las cuales la ley faculta a la autoridad para sancionar a los administrados y sobre su adecuación en torno a un principio máximo de derecho contemporáneo: la dignidad humana. En efecto, muy variada resulta la valoración jurídica de conductas susceptibles de reproche estatal, según la concreción que se presente en diversas ramificaciones del ordenamiento jurídico, las cuales pueden dar lugar a responsabilidades de tipo civil, disciplinaria, fiscal, entre otras.

Frente a la subordinación del ciudadano con ocasión de la contingencia de ser sancionado por ejercicio de la autoridad, el derecho penal ocupa el lugar más intenso en la escala valorativa al poder, incluso, restringir el derecho fundamental a la libertad individual o la vida misma en aquellos órdenes que avalan la pena de muerte como medida sancionatoria. Una segunda rama se anuncia como derecho administrativo sancionador y denota la regulación de la potestad sancionadora en instancias inicialmente administrativas, aunque sujetas eventualmente al control jurisdiccional, siguiendo el actual modelo de Estado constitucional, sobre las cuales

afirmamos su pertenencia al derecho público y que expresan el fundamento y los límites de un poder excepcional y unitario radicado en cabeza del Estado, que lo faculta para emplear medios para la prevención, la corrección y la represión de ilícitos penales o administrativos. Es el poder punitivo del Estado, cuya regulación encuentra asidero en el artículo 29 de la Constitución Política nacional, que propugna por un debido proceso para todas las actuaciones judiciales o administrativas (Corte Constitucional, Sentencias T145 de 1993, C214 de 1994, C467 de 1995, C05 de 1998, C506 de 2002; Ramírez, 2008, p. 308; y Merlano, 2008).

En una rama del derecho u ordenamiento especializado, como lo es el administrativo sancionador, en el cual se conjugan aspectos tanto administrativos como punitivos, y la cual además es de reciente estudio, resulta complejo hablar incluso de su propia definición. Sin embargo, nos acercamos a su conocimiento considerándolo como una rama del derecho público que tiene por objeto de estudio el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en instancias administrativas y mediante procedimientos administrativos, que tiende a la protección del interés general, el mantenimiento del orden público y la consecución de cometidos estatales (Ahumada, 2001; Corte Constitucional, Sentencias C-214, 1994 y C-853/2005).

El derecho administrativo sancionador, como expresión jurídica de la potestad de sancionar atribuida a la administración pública, debate sus orígenes con el principio clásico en la literatura jurídica de la tridivisión del poder, según el cual la potestad de imponer sanciones a los administrados es competencia exclusiva de la autoridad jurisdiccional. Sin embargo, la facultad para

sancionar arrogada por las autoridades administrativas es concebida por la jurisprudencia contemporánea como una manifestación (junto con el derecho penal) de un único *ius puniendi* del Estado.

En esta nueva rama del derecho considerada en su autonomía es prácticamente imposible acceder a un conocimiento abstracto del objeto de su regulación, por cuanto los principios jurídicos no se expresan en normas rectoras positivadas, debido en gran medida a la falta de regulación unificada en la materia; aun así, se encuentran referencias a principios en la regulación sectorial, como sucede *in ex* en el derecho disciplinario o en el derecho tributario, a través del sistema normativo que las conforman.

La vaguedad a la que conduce la falta de legislación unificada y la imposibilidad de abstracción a través de principios positivados en el derecho administrativo sancionador han conducido a la jurisprudencia y a la doctrina a hablar de una matización de principios, tomando como referentes directos el derecho penal y el derecho administrativo. Así, principios imperantes en esas ramas del derecho como el de tipicidad de los ilícitos, la legalidad de la sanción, la garantía de la competencia reglada, entre otros, se han 'matizado' para imprimirle características propias a esta nueva rama del derecho que fundamenta y limita el poder sancionador atribuido a las autoridades administrativas (Corte Constitucional, C-372, 2002; T-145/1993; Sentencia C-310, 1997; C-195/93 y C-280/96). Cano Campos (2002) plantea esta relativa comunidad de principios considerando el derecho sancionador como regulador de un sistema punitivo unitario consecuente con la unicidad del *ius puniendi* estatal.

Uno de los principios de referencia obligatoria es el de legalidad, que caracteriza un modelo de Estado y que se impone como referente obligatorio para el juez, para la autoridad administrativa, para el legislador e incluso para el ciudadano. Según este principio, en el derecho administrativo sancionador no se puede hacer uso de la potestad punitiva si no se cumplen los requisitos de *lex praevia, certa et scripta* (Corte Constitucional, C-412, 2015; C-1161, 2000; C-333, 2001 y Sentencia C-417/93), que manifieste con claridad y precisión hasta dónde llega la libertad de actuar del ciudadano, desde dónde se inicia la competencia de la autoridad para proceder a sancionar y con base en qué puede hacerlo, impidiendo con ello la creación administrativa de infracciones o la imposición de sanción sin respaldo en una ley emanada del poder legislativo.

Desde la teoría del derecho, se debate la eventualidad de que, en el ordenamiento jurídico positivo, en general, se presente una falta de regulación, fenómeno denominado 'laguna'. Por lo que se ha llegado a la aceptación generalizada de que, a pesar de poder encontrarse lagunas en la ley, el derecho es un sistema pleno carente de lagunas¹. Esta posición se recoge como dogma de la plenitud, el cual indica que, en caso de presenciar una laguna legal, el intérprete o el operador jurídico debe recurrir a los medios de integración normativa (Monroy, 2003; Bobbio, 2007, p. 234); uno

1 Merlano Sierra (2016) expone que: "La aplicación de la teoría de los sistemas al campo del derecho, evidencia un sustrato político en el que el derecho responde a dinámicas sociales." Diversos autores afirman sus tesis acerca del ordenamiento jurídico como sistema. Entre estas corrientes podríamos referir las tesis formuladas por Bobbio, por Canaris, por Fikentscher o por Luhmann. Por ejemplo, Bobbio teoriza sobre el ordenamiento jurídico como sistema unitario, pleno y coherente, lo cual implica la suficiencia del sistema en su dinámica para atender las necesidades de justicia en la sociedad, aunque la letra de la ley presente vacíos o antinomias, no siendo el concepto de 'sistema' algo precisamente novedoso en la teoría del derecho (citado por Merlano Sierra, 2016).

de los cuales constituye el objeto de este estudio: la analogía.

Hablar de analogía, es hablar de la posibilidad de aplicar una ley indirectamente, esto es, no al caso expresamente cobijado por la norma, sino a una situación que, en principio, es ajena a ella. *Prima facie* suena contrario a lo que ya se dejó por sentado: el principio de legalidad demanda que para la aplicación de la ley se proceda con sustento en una ley que previamente defina, con claridad y precisión, qué supuestos cobija, quién es el competente para proveer a su aplicación y cuál es la consecuencia jurídica imponible a ese supuesto de hecho predeterminado. No obstante ello, la analogía es una institución jurídica de aplicación al todo del ordenamiento jurídico, tanto como a las especialidades que lo integran, incluido el administrativo sancionador; por lo tanto, las preguntas que subyacen al problema son: en primer lugar, si en esta rama del derecho que tiene por objeto regular y sancionar conductas es posible acudir a la aplicación indirecta de la ley sin afectar las garantías constitucionales de los ciudadanos y, seguidamente, bajo qué supuestos se hace aplicable.

La investigación realizada implicó una metodología cualitativa que permitiera describir el estado del arte en torno al derecho punitivo. Promueve la teoría de la existencia de una identidad ontológica sustancial entre delitos e infracciones administrativas, explorando aspectos teóricos que sustenten su aplicación en aspectos prácticos de procesos sancionadores. La misma está fundamentada principalmente en la revisión de la doctrina y la jurisprudencia, recurriendo en lo posible al iuscomparatismo, y ha sido adelantada en el marco del proyecto

sobre potestad sancionadora de la administración pública y responsabilidad dentro de la línea de investigación en Gobierno, Política y Sociedad, liderado por el autor en el Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Costa, CUC, la cual persiguió como objetivos: establecer la posibilidad de recurrir legítimamente a la analogía en el derecho administrativo sancionador colombiano, demostrando si, por el contrario, en dicha rama del derecho impera la interdicción del método analógico. Para este fin, se buscó identificar la existencia de principios fuentes del derecho sancionador colombiano, fundamentando una identidad sustancial entre delitos e infracciones administrativas; precisar el concepto de la analogía jurídica, su regulación, su fundamento y sus clasificaciones; y precisar si en el derecho administrativo sancionador el recurso al método analógico para suplir vacíos en la ley nacional se encuentra proscrito o avalado por el derecho.

La utilidad que encierra el tema para cualquier operador jurídico tanto como para el ciudadano común estriba en la posibilidad de hacer uso de instituciones garantistas de los derechos humanos y especialmente del debido proceso frente a la falta de disposiciones legales expresas, aún en contra del arbitrio de la autoridad, como medio de defensa frente al poder sancionador ejercido por la administración pública. Su relevancia académica se hace presente frente a la necesidad de garantizar la libertad individual ante el ejercicio del poder constitucionalmente reconocido de castigar en instancias administrativas, inicialmente ajenas al poder jurisdiccional del Estado. Este es, por otra parte, el dilema que justifica la existencia misma del derecho administrativo y que marca su desarrollo en el trasegar de la historia.

El trabajo consta de cuatro partes, la primera está orientada a dilucidar el estado del arte acerca de la potestad punitiva del Estado y sus manifestaciones en el derecho penal y el derecho administrativo sancionador; en la segunda se propone la existencia de la identidad ontológica sustancial entre delitos e infracciones administrativas a partir de los principios de legalidad, culpabilidad y antijuridicidad; el tercer capítulo aborda la integración del sistema normativo, en particular, acerca de la aplicación analógica de la ley según la teoría general de derecho, y los fundamentos de su proscripción; para finalmente, en el capítulo cuarto, fundamentar el recurso a la aplicación analógica de la ley en el derecho administrativo sancionador colombiano, atendiendo criterios específicos de favorabilidad.

La potestad punitiva del estado y sus manifestaciones en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador

Generalidades

Como instrumento de valoración de la conducta del hombre en sociedad, desde la ciencia del derecho, el espectro resulta muy amplio, como variadas son las ramas que integran nuestra disciplina. Así, en una primera valoración se observa al hombre en torno a dos principios cuya aceptación constituye presupuestos necesarios de la sociedad política: la autonomía de su libertad y el régimen de responsabilidad. A partir del Estado de derecho, el ejercicio del poder y de la libertad encuentra límites jurídicos, como mecanismo de regulación de conductas que con el Estado liberal consolida la heteronomía del derecho como única alternativa de vida civilizada (Urbano, Marviño, Barreto y Ruíz, 2002, p. 19). Su valoración como ser inserto en una sociedad política, en la que ejercerá su autonomía dentro del marco prefijado por la heteronomía del Estado, desdibujan el concepto naturalístico de una libertad *legis soluta*, en tanto que, para la autoridad pública, el modelo de sujeción a la

legalidad, implica que las competencias para adelantar las actuaciones que le son propias sean sólo aquellas que han sido previstas en la ley y en los precisos límites impuestos por el derecho, siendo el servidor público responsable tanto por la omisión en el ejercicio de sus funciones como por su extralimitación en las mismas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia (Merlano, 2010), quedando adicionalmente la responsabilidad patrimonial que sea imputable al Estado, con ocasión de los daños antijurídicos que sean imputables a las autoridades públicas. Estas ideas han fundamentado el surgimiento mismo del derecho administrativo, bajo la filosofía política y la concepción de un estado de derecho que se impusieron con posterioridad a la Revolución Francesa en 1708 (Rodríguez, 2001; García y Fernández, 1986), y aún en la época contemporánea.

De ello se tienen las instituciones de daño resarrible en derecho privado o del daño antijurídico en derecho público para efectos indemnizatorios, y, por contraste, delito e infracción administrativa/disciplinaria, como ilícitos sancionables (Merlano, 2010), los cuales convocan, como fundamento mismo del resarcimiento, la existencia de una obligación en el más amplio sentido del término; por lo que, verificado el incumplimiento por el funcionario competente para la aplicación del silogismo jurídico, se determinará la declaratoria de responsabilidad. En la práctica, este es el tema que trasciende a nuestra investigación y el cual abordamos desde el derecho público, atendiendo el marco jurídico para el ejercicio de la potestad del Estado para declarar un tipo de responsabilidad, en virtud del cual, el administrado asume la contingencia de ser sujeto a una sanción.

La potestad punitiva del Estado podemos entenderla como un poder de naturaleza política dirigido intencionalmente a sancionar conductas tipificadas como delitos, contravenciones o infracciones administrativas, cuya titularidad corresponde al Estado en defensa de la sociedad (Corte Constitucional, C-157, 1997), que se contiene y racionaliza a través del derecho penal y del derecho administrativo sancionador (Bailone, s.f.; Rosales, 2006 y Merlano, 2008)².

Por su parte, el derecho penal es un instrumento de control social correspondiente a la última instancia del denominado por Parsons “aparato de imposición” (citado por Bacigalupo, 1994, p. 1-3), por medio del cual se persigue un fin genérico de protección, primordialmente de bienes jurídicos, pero también de la vigencia del ordenamiento jurídico, y un fin “garantístico de protección del ciudadano frente a la violencia estatal” (Alcácer, 2004).

Esta manifestación del *ius puniendi* puede ser entendida en tres sentidos diferentes: como poder punitivo, como derecho objetivo y como dogmática penal; sin embargo, una definición suficiente para dar cuenta de una idea general (aunque abstracta) es aquella que lo define como “una parte del ordenamiento jurídico que regula dos instituciones: una conducta humana, el delito, y una consecuencia jurídica, la pena”. Como poder punitivo, a propósito de ésta investigación, “es la capacidad que tiene el Estado de configurar como delitos determinados comportamientos y de imponerles una pena o una medida de seguridad”. (Urbano, Mariño, Barreto,

2 En Colombia rige un ‘sistema represivo dual’: el *ius puniendi* o poder de sancionar (género), comparte su titularidad entre los jueces y la administración pública y se expresa mediante el derecho penal y el derecho administrativo sancionador (Corte Constitucional, Sentencia C-616, 2002). En breve, el *ius puniendi* es la reserva de poder que se arroga el Estado para determinar conductas jurídicamente disvaliosas e imponer las sanciones correspondientes.

y Ruiz, 2002, p. 15). Bajo tal entendimiento, es parte del poder político en la más alta expresión de la violencia institucional. En derecho penal, la titularidad del poder sancionador corresponde a la rama jurisdiccional, de la cual hace parte la Fiscalía General de la Nación.

El derecho administrativo sancionador, como segunda manifestación del *ius puniendi* estatal, es una rama del derecho público que tiene por objeto de estudio el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en instancias administrativas y mediante procedimientos administrativos (Corte Constitucional, Sentencia C-214, 1994), que tiende a la protección del interés general (Ahumada, 2001), el mantenimiento del orden público y la consecución de cometidos estatales (Corte Constitucional, C-853/2005), y se distingue del derecho penal por “el carácter eminentemente preventivo de la primera por oposición a la naturaleza esencialmente correctiva de la segunda” (Consejo de Estado. Sala de consulta y Servicio Civil, Rad. 1454, 2002)

La Constitución Política de Colombia no consagra expresamente la potestad sancionadora de la administración ni existe un cuerpo legislativo que contenga los principios sustanciales y procesales que dirijan la potestad sancionadora de la administración (como ocurre i.e. en España con la Ley de Administraciones Públicas); sin embargo, la jurisprudencia nacional coincide al afirmar que la potestad punitiva del Estado y sus dos manifestaciones, encuentran consagración implícita en el artículo 29 constitucional, sobre derecho fundamental al debido proceso, que contiene entre las garantías aplicables a toda actuación de naturaleza judicial o administrativa, las de ejercicio del derecho de defensa y contradicción, celeridad, tipicidad del ilícito y legalidad de la sanción; la garantía de competencia reglada; las

presunciones de inocencia y de buena fe; y la interdicción de la analogía *in peius* (Corte Constitucional, T-145, 1993; C-214, 1994; C-467, 1995; C-05, 1998 y C-506, 2002, entre otras) (Ramírez, 2008, p. 308 y 309).

Frente a la ausencia de un cuerpo legislativo único que establezca los derroteros que orientan el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, consideramos plenamente aplicable al caso colombiano la afirmación de Huergo (2007) al sostener que la matización legítima en la aplicación de los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador corresponde a la Corte Constitucional (refiriéndose el autor al Tribunal Constitucional español), organismo constitucionalmente facultado para la interpretación y guarda de la Constitución, sin perjuicio de la competencia constitucional del Consejo de Estado³.

La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador

Existe cierta unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia comparadas con respecto a que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador comparten una misma fuente en el *ius puniendi* del Estado, en este sentido la Corte Constitucional en sentencia C-762 de 2009 citada por el Consejo de Estado en sentencia de 9 de agosto de 2016 lo refiere como: “una categoría jurídica amplia y compleja, por la cual el Estado puede ejercer un derecho de sanción o *ius puniendi*, destinado a reprimir

³ El Consejo de Estado conoce de la nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos de carácter general dictados por el gobierno nacional cuya competencia no esté atribuida a la Corte Constitucional y según los condicionamientos reglados por los artículos 237. 2 de la Constitución, 37.9 de la Ley 279 de 1996 o 'Estatutaria de la Administración de Justicia, y el art. 97 del C.C.A., modificado por el numeral 7° del art. 33 de la Ley 446 de 1998. (Palacio, 2004).

mir conductas que se consideran contrarias al Derecho, es decir, a los derechos y libertades u otros bienes jurídicos protegidos (...). De allí se precisan dos vertientes, a) el derecho penal delictivo y b) el derecho administrativo sancionador, en el cual se involucra el contravencional, el disciplinario y el correccional” (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 2016). Sin embargo, su naturaleza identitaria se relativiza al analizar las características que le dan entidad propia a cada manifestación de ese género. De tal manera que, en términos del Consejo de Estado: “La potestad sancionadora de la Administración se legitima autónomamente, pero tiene los mismos títulos de la potestad penal”. (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 2016).

Rebollo, Izquierdo, Alarcón y Bueno (2005) consideran que el ámbito material del derecho administrativo sancionador y del derecho penal difieren. En efecto, ciertas conductas que causan un mayor agravio deben ser castigadas con mayor severidad que otras, como sucede con el homicidio o las lesiones personales que deben ser penadas jurisdiccionalmente; en tanto que otras conductas, aun cuando requieren de la imposición de una sanción por contravenir el orden, constituyen injustos de menor gravedad, lo cual las hace sancionables como infracciones de naturaleza administrativa. Así mismo Girola (citado por Garrido, Palomar y Lozada, 2006) plantea que para la distinción entre sanciones penales y administrativas es necesario observar la valoración jurídica de conductas y la tutela de bienes jurídicos en la medida en que la tutela penal implica una valoración más intensa de los intereses protegidos.

Para Cortaza, la relación que media entre el derecho penal y el administrativo sancionador se puede estructu-

rar con principios como el de subsidiariedad y fragmentariedad, que conllevan necesariamente a la reconducción a los principios de *última ratio* y de mínima intervención (característicos del derecho penal) y que lo distinguen del administrativo sancionador. Siguiendo ese orden de exposición, Cortaza sostiene que “la diferencia principal entre las sanciones que imponen ambos órdenes estriba en que para el administrativo está vetada la privación de la libertad, que es de fuero exclusivo de la norma penal” (2005, p. 241 y s.s.).

En algunos casos, razones cuantitativas determinan la ubicación de una conducta dentro del campo penal o administrativo. Rebollo *et al.* ejemplifican lo anterior con las defraudaciones tributarias en España, que cuando exceden de un determinado monto pasan de infracción administrativa a delito (2005, p. 31).

Otras teorías recurren a criterios de carácter formal, como lo es el órgano titular de la competencia para sancionar, determinado por la política legislativa liderada por Merkl (2004). Para Zanobini (citado por Garrido, Palomar y Lozada, 2006), la distinción de competencias penales y administrativas sancionadoras obedece a razones históricas y deduce como único criterio válido la competencia reglada para sancionar; así, serán sanciones de naturaleza administrativas aquellas cuya imposición es reservada a la Administración. En el mismo sentido se manifiesta Garrido, Palomar y Lozada (2006), para quienes el criterio válido para determinar si se está en presencia de una sanción penal o administrativa, el elemento diferenciador lo constituye el sujeto legalmente competente para la imposición de la sanción. La autoridad administrativa cuenta entonces con un fundamento para sancionar que marcha paralelo a los principios de ejecutividad y ejecutoriedad que rigen los actos administrativos (p. 194-197).

La distinción entre derecho penal y derecho administrativo sancionador en la sentencia C-616 de 2002 proferida por la Corte Constitucional. Para la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia hito C-616 de 2002, el derecho penal y el derecho administrativo sancionador se diferencian cualitativamente, utilizando como fundamento de la distinción la función que cumple la manifestación concreta de la potestad punitiva estatal. Así, mientras el derecho penal cumple funciones preventivas, represivas y resocializadoras respecto del delincuente, el derecho administrativo sancionador propende por el mantenimiento de un estado de cosas adecuado para el funcionamiento del Estado y hacer viable la vida social, y se constituye en uno de los medios a disposición de las autoridades para el cumplimiento de los cometidos estatales (ver también Sentencia N° C-214/94).

Diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela consolida su línea en torno al derecho punitivo en la sentencia proferida el 6 de marzo de 2001, en la cual ventila las diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador (Tribunal Supremo, Sala Constitucional, 2001).

Para este Tribunal, las distinciones entre las manifestaciones del *ius puniendi* Estatal son irrelevantes con base en: a) en el órgano titular para ejercer la competencia, que puede ser judicial o administrativo; o b) en el *nomen iuris* con que el legislador identifica el supuesto de hecho y la sanción: delitos penales, infracciones administrativas o penas y sanciones.

La Sala Constitucional del Tribunal Superior de Venezuela considera que un criterio válido de distinción entre tales manifestaciones del poder punitivo debe tener como referencia la finalidad perseguida en cada una de ellas, es decir, según el ‘telos’ perseguido.

Expuesto lo anterior, el *ius puniendi* del Estado se racionaliza a través del derecho penal cuando la conducta ha sido tipificada como delito, justificando el recurso de *última ratio* en la necesidad de mantener ‘la paz social’ y garantizar la consecución del bien común.

El derecho administrativo sancionador canaliza la potestad punitiva como medio dispuesto para el ejercicio de funciones administrativas y para garantizar la finalidad de utilidad general que constituye el objeto de la actividad administrativa. En esa medida, la potestad sancionadora administrativa la constituyen mecanismos coercitivos para garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales.

Aclaradas estas consideraciones, compartimos (con reservas) la opinión de Merkl (2004) al considerar que el único criterio certero para determinar si una situación se ventila a la luz del derecho penal o del derecho administrativo sancionador lo constituye el órgano competente. Sin embargo, la determinación de conductas sancionables penal o administrativamente es un asunto más propiamente relacionado con la política criminal de un Estado en un momento histórico determinado⁴, lo anterior se corresponde con el fenómeno de la “administrativización” del derecho penal o de la despenalización de conductas.

4 Sobre la determinación de conductas penalmente sancionables Bacigalupo (2004) sostiene que “(...) Las sociedades realizan, por medio de órganos con competencia para ello y mediante procedimientos formales, una selección de comportamientos desviados que serán objeto del derecho penal. Los criterios de selección de estos comportamientos son de difícil sistematización. En parte actúan en el momento en que los órganos del Estado determinan que ciertos comportamientos serán perseguidos con penas de derecho penal. (...)” (1994, p. 2).

¿Cuál es la cuestión determinante para que la ley haga tal diferenciación entre conductas propias de un catálogo penal o de derecho administrativo sancionador? Determinar qué conductas son de tal gravedad que ameriten una persecución penal y cuáles bienes jurídicos son tutelados hasta con recursos de *última ratio* y cuáles no, según un momento histórico determinado, son cuestiones relacionadas con la naturaleza política del *ius puniendi*. En Sentencia C-762 de 2002, la Corte Constitucional Colombiana plantea que “Conforme lo enseña la jurisprudencia de esta Corporación, el Estado, como titular del *ius puniendi*, es el llamado a fijar los lineamientos de la política que en materia criminal ha de aplicarse para posibilitar la convivencia pacífica en sociedad y para asegurar la defensa de los valores, derechos y garantías ciudadanas, tomando como referente válido las circunstancias históricas del momento y las diversas situaciones de orden coyuntural que se generan al interior de la comunidad, atribuibles a una dinámica social, política, económica e incluso cultural de permanente cambio y evolución”. En la base de la distinción entre el derecho penal y el administrativo sancionador subyace una cuestión de índole política.

Vale la pena aclarar que, aunque se afirma la existencia de diferencias cuantitativas o de grado entre las sanciones del *ius puniendi* estatal, es discutida por la doctrina la existencia de diferencias sustanciales o cualitativas. Aclarado lo anterior, la “aceptación generalizada” de una “identidad ontológica” entre delitos e infracciones (Huer-go, 2007) conlleva a exigir la aplicación de un mínimo de garantías constitucionales, llevando incluso a borrar los límites materiales de tales campos, salvo la privación de la libertad por disposición expresa del artículo 29 de la Constitución Colombiana de 1991, disposición similar al significado del art. 25 de la Constitución Española.

Las diversas posiciones que propenden por consolidar las diferencias cualitativas existentes entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador han conducido a reafirmar la interdependencia de ambas manifestaciones del *ius puniendi* y su propia autonomía, situación que se materializa con el carácter fragmentario y de *última ratio* del cual goza el derecho penal, convirtiéndose así cada uno en un instrumento de garantía del otro.⁵

Los principios del *ius puniendi* del Estado o la aplicabilidad de los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador, según la doctrina y la jurisprudencia

El *ius puniendi* estatal se ha venido planteando en su unidad, especialmente en lo que a principios se refiere, sin afectar su manifestación dual con la necesaria modulación que en cada campo adquieren los principios que le son propios (Corte Constitucional, C-372, 2002).

El debate doctrinario y jurisprudencial sobre la unidad del *ius puniendi* ha suscitado diversas teorías sobre la independencia de cada manifestación de tal potestad, el cual, implementando las similitudes o diferencias que puedan darse entre una y otra manifestación del *ius puniendi*, propone su visión conjunta, especialmente en lo que a principios se refiere, o bien, separada, atribuyéndole a cada uno entidad autónoma. Entre los exponentes de esta última corriente encontramos a Nieto (2005), quien propone el estudio del derecho ad-

5 Huergo (2007), particularmente dicente de tal relación entre ambas manifestaciones del *ius puniendi*, resulta el estudio de Lozano (2007), quien en el capítulo octavo del libro 'Derecho ambiental administrativo', plantea la relación entre la represión administrativa ambiental y la represión penal como cierre del sistema de protección ambiental.

ministrativo sancionador desde la perspectiva propia del derecho administrativo y público en general; a *contrario sensu*, Merkl (2004) concibe el derecho administrativo sancionador como un derecho penal administrativo, complementario del derecho penal jurisdiccional.

En la jurisprudencia nacional se reconoce la aplicabilidad de principios del derecho penal en los asuntos de derecho sancionador de la administración. Puede citarse de la Corte Constitucional la sentencia T-145 del 21 de abril de 1993, con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes, donde se plantea: “El constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (C.N. Art. 29). Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionadoras. Respecto de la potestad sancionadora de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva *-nulla poena sine culpa-*, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del *non bis in ídem* y de la analogía en *malam partem*, entre otras”, y en términos más precisos por el Consejo de Estado, al afirmar que “la potestad sancionadora de la Administración se legitima autónomamente, pero tiene los mismos títulos de la potestad penal” (Consejo de Estado, 2016).

Esta adopción de principios que rigen los asuntos penales en el campo administrativo han sido acogidos de manera limitada, matizada o modulada⁶ en tanto compartan la misma naturaleza y finalidad, pues "la no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionadora de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías -quedando a salvo su núcleo esencial- en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido" (Corte Constitucional, Sentencia T-145, 1993).

La misma línea argumentativa se ha plasmado en referencias expresas a derecho disciplinario, respecto del cual se ha planteado que "es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, *mutatis mutandi* en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado" (Corte Constitucional, Sentencia C-310, 1997)⁷.

6 Un ejemplo de esta matización de principios se encuentra en la providencia del 7 de septiembre de 1994 proferida por la sección segunda, sala de lo C. A. del C. de E. en la cual se manifiesta que "principios tales como el de la *reformatio in pejus* (art. 538 C.P.P.) no alcanza al rigor que tiene en su prístino sentido y de allí que el *ad - quem*, al desatar el recurso de apelación tiene competencia para decidir sin limitación y, por ende, en determinados casos, puede hacer más gravosa la situación del apelante (...)"

7 En el mismo sentido ver: C-195/93, C-280/96).

La Corte Constitucional concibe en la jurisprudencia contemporánea la adopción matizada o modulada de principios orientada desde el punto de vista de los principios del debido proceso en términos generales, como lo orienta el artículo 29 constitucional, aunque los puntos de referencia obligatorios sean el derecho administrativo y el derecho penal (Corte Constitucional, Sentencia C-853, 2005)⁸.

El Consejo de Estado, máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo y con competencia 'residual' para declarar inconstitucionalidad⁹, ha empleado diversas teorías sobre la aplicación de los principios que rigen el debido proceso penal en el derecho sancionador administrativo. Se pueden distinguir el recurso tanto a la fórmula de la unidad, bien considerando que las resoluciones sancionadoras "deben rigurosamente ceñirse a la reglas generales pertinentes y propias del derecho penal..." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1970) o según la cual el derecho administrativo sancionador y el derecho penal comparten una naturaleza en el *ius puniendi* (5 de octubre de 1976), como la de aceptación restringida, matizada o modulada de la aplicación de tales principios (Sentencia de 12 de abril de 1985), así como la negativa a admitir tal aplicación (Corte Constitucional, Sentencia de 13 de marzo de 1989)¹⁰ (Lewin, 2002). El Consejo de Estado, en posiciones más recientes ha sido

8 Posición recogida también por Lewin (2002).

9 En ejercicio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos de carácter general dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no esté atribuida a la Corte Constitucional y según los condicionamientos reglados por los artículos 237. 2 de la Constitución, 37.9 de la Ley 279 de 1996 o 'Estatutaria de la Administración de justicia', y el art. 97 del C.C.A, modificado por el numeral 7º del art. 33 de la Ley 446 de 1998. Ver: Palacio (2004).

10 En el mismo sentido ver: C. E. Sentencia N.8497 de 28 de noviembre de 1997. M.P. Germán Ayala Mantilla.

proclive a la recepción de la doctrina constitucional sobre matización de principios en el derecho administrativo sancionador, admitiendo una mayor flexibilidad en la aplicación de principios tales como el de tipicidad y el de reserva legal en este último (C. E. Rad.:1.564, 2004).

Siguiendo estos derroteros, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha avanzado en esta línea al aplicar disposiciones de procedimiento penal y cooperación internacional en materia penal, para decidir sobre la nulidad de una sanción disciplinaria. Así, en Sentencia de 9 de agosto de 2016, por medio de la cual resuelve la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho con ocasión de la sanción de destitución del cargo e inhabilidad general impuesta por la Procuraduría General de la Nación (PGN) a la entonces Senadora Piedad Córdoba Ruíz, con base en los documentos hallados e incautados en la "Operación Fénix" (nombre bajo el cual se conocen los bombardeos de Angostura, por medio de los cuales se dio muerte a alias "Raúl Reyes", comandante de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC-EP), el Consejo de Estado discurre sobre la legalidad de los correos extraídos de los computadores incautados, considerando: "que el régimen administrativo sancionador o disciplinario, por su naturaleza, está asistido por todos los principios garantistas que iluminan el derecho penal"¹¹. En la jurisprudencia comparada, la Suprema Corte de Justicia de México (2006) sigue la misma corriente de pensamiento respecto de la aplicación de principios garantistas de derecho penal, matizados en el campo sancionador de la administración:

11 En esta decisión, la Corte recurre también a la doctrina, citando al tratadista español Alejandro Nieto García, quien en su libro *Derecho Administrativo Sancionador* sostiene lo siguiente: "(...) El derecho penal ha de seguir operando, no obstante, y en todo caso, como punto de referencia, como pauta técnica y, sobre todo, como cota de máxima de las garantías individuales que el derecho administrativo sancionador debe tener siempre presentes".

De un análisis integral del régimen de infracciones administrativas, se desprende que el derecho administrativo sancionador posee como objetivo garantizar a la colectividad en general, el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas, utilizando el poder de policía para lograr los objetivos en ellas trazados. En este orden de ideas, la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos. Ahora bien, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudir a los principios penales sustantivos, aun cuando la traslación de los mismos en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. Desde luego, el desarrollo jurisprudencial de estos principios en el campo administrativo sancionador-apoyado en el Derecho Público Estatal y asimiladas algunas de las garantías del derecho penal- irá formando los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado, sin embargo, en tanto esto sucede, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal (Suprema Corte de Justicia de México. Tesis jurisprudencial N° 99, 2006).

De la doctrina nacional, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT) promulga la teoría de que los principios generales del derecho penal deben aplicarse a todas las áreas donde se haga uso del poder sancionador del Estado. Cahn-spyller Wells, miembro del ICDT se muestra partidario de la teoría de admisibilidad limitada, matizada o modulada de los principios de derecho penal en el derecho administrativo sancionador (Corte Constitucional, C-160, 1998). Por su parte, Martínez (citado por Forero, 2005) plantea que “el derecho penal tributario sancionatorio de las obligaciones que resultan de la relación tributaria, es una especie del derecho penal contravencional o administrativo, sin necesidad de disposición expresa que lo autorice y consecuentemente se le aplican los principios y normas generales del derecho penal delictual o común, excepto en los casos en que las normas especiales regulen, sin oponérsele, otra cosa”.

Estando así el estado de la cuestión, no podría afirmarse la independencia de cada manifestación del *ius puniendi*, sino su interdependencia recíproca. En lo que a principios se refiere, tanto en el derecho penal como en el administrativo sancionador rigen principios del derecho, tanto sustanciales como procesales, pero en cada caso ajustados a los objetivos y fines que cumplen dentro del Estado cada manifestación de la potestad punitiva estatal. Siendo entonces el derecho penal una rama de mayor desarrollo frente al surgimiento reciente del derecho administrativo sancionador, resulta por demás propicio recurrir a los principios penales para decantar su validez en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Sin embargo, dado el carácter administrativo de la misma, también goza de la participación de principios del derecho administrativo

que coadyuvan en la elaboración de principios ajustados a la manifestación administrativa del *ius puniendi*.

De este debate, documentado en la doctrina y la jurisprudencia, se deriva la vigencia de importantes principios como el de legalidad de las infracciones y sanciones en las instancias sancionadoras del poder público, una de cuyas vertientes es el denominado principio de interdicción de la analogía en el derecho administrativo sancionador, fundamentados en la existencia de una identidad ontológica sustancial entre los delitos e infracciones administrativas.

La estructura del ilícito y la identidad entre el delito y la infracción

Resulta claro entonces que la ilicitud, entendida como la contrariedad entre el ser y el deber ser jurídicamente establecido, es el fundamento de imposición de una sanción. En el derecho penal esta ilicitud se corresponde con el concepto de delito, como noción que cobija las características de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad respecto de la comisión de determinadas conductas. El artículo 9º del Código Penal (Congreso de la República, L. 599, 2000) establece que “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”. Por ello, para que el derecho penal se haga operante se requiere que la conducta adelantada por un ciudadano se encuentre previamente definida en la ley penal como delito, que exista una “contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico” y que además el sujeto haya actuado con culpabilidad (Muñoz, 2006). Estos elemen-

tos estructurantes del ilícito penal responden, adicionalmente de su categoría dogmática, a principios del derecho penal que han sido positivados en normas rectoras (arts. 10, 11 y 12 del Código Penal) que funcionan de una parte como garantías ciudadanas y, a su vez, como limitantes al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Estas normas rectoras, como lo establece el artículo 13 del mismo estatuto “constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”.

En el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra una previsión legal expresa que determine la necesidad de verificación de las categorías dogmáticas de tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad para tener por supuesta la existencia de una infracción administrativa que fundamente la imposición de una sanción. Empero, a pesar de que en el derecho administrativo sancionador no existe un cuerpo normativo unificado que contenga los principios propios aplicables a esta nueva rama del derecho (aclarada la posibilidad de encontrar en la regulación sectorial principios normativamente consagrados), existe la posibilidad de construir la entelequia de principios del derecho sancionador según la fórmula de ‘principios implícitos’, es decir, vigentes en el ordenamiento administrativo sancionador a pesar de la ausencia de consagración normativa expresa, valiéndose para ello de la denominada matización o modulación de principios, que se ha verificado principalmente en sede jurisprudencial, recurriendo al derecho penal (Corte Constitucional, T-145/93; C-372/2002 y C-853, 2005, entre otras) y, como algún sector de la doctrina propone¹², al

12 Véase también Nieto (2005).

derecho administrativo y público en general (Merlano, 2008, p. 347-348). García sostiene que "si el delito se define como una acción típica, antijurídica (o típicamente antijurídica), culpable y punible, la misma definición puede aplicarse a las infracciones administrativas, con la diferencia de que, en este caso, la punición o castigo corresponde a la Administración y no a los tribunales de justicia" (2007, p. 47).

Consecuente con ello, Merlano (2008, p. 348) afirma que normas rectoras del derecho penal como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son consideradas como principios del derecho sancionador que se matizan en el ordenamiento administrativo dada la ausencia de regulación expresa. Sin embargo, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en escasas oportunidades acerca de la manifestación de tales principios-categorías en esta novedosa rama del derecho, especialmente en cuanto a la antijuridicidad y la culpabilidad en la comisión de infracciones administrativas.

Acerca del régimen de responsabilidad (grado de culpabilidad) en derecho administrativo sancionador, la Corte Constitucional colombiana ha afirmado como principio general la proscripción de la responsabilidad objetiva¹³, con algunas excepciones reconocidas por la Cor-

13 La Corte Constitucional colombiana en la sentencia C- 690 de 1996 sostiene que "Sin embargo, la posibilidad de la responsabilidad objetiva cuando el Estado ejerce poderes sancionatorios es absolutamente excepcional (...) En efecto, por expreso mandato constitucional (C.P. art. 29), las actuaciones administrativas sancionatorias deben regirse bajo los parámetros del debido proceso, por consiguiente, las garantías individuales mínimas que de este derecho se derivan deben aplicarse en el ámbito del poder tributario. Por ello, la infracción administrativa tributaria requiere de la tipificación legal preexistente al acto que se imputa, de la manifestación clara de la antijuridicidad del hecho y de la imputabilidad de la conducta. Igualmente, en materia penal, y en general en el campo sancionatorio, la Corte ha reconocido también, en varias providencias, que el debido proceso implica la proscripción de la responsabilidad objetiva, toda vez que aquella es 'incompatible con el principio de la dignidad humana' y con el principio de culpabilidad acogido por la Carta en su artículo 29. (...) "

poración, como sucede principalmente con el derecho cambiario¹⁴. Sin embargo, se explicaba con anterioridad (Merlano, 2008, p. 352) que la Corte Constitucional es clara al afirmar que la exclusión de la responsabilidad objetiva no implica una excusa al deber de observación de las obligaciones cuyo incumplimiento constituyen infracciones administrativas¹⁵. En el derecho tributario tal incumplimiento determina para el administrado una inversión en la carga de la prueba, pues verificado el incumplimiento de las obligaciones tributarias, la Administración presume la culpabilidad en la comisión de la infracción¹⁶, quedando como recurso del administrado el ejercicio apropiado del derecho de defensa y contradicción¹⁷. Frente a lo anterior, concluye la Corte Constitu-

14 "Por dichas razones, en algunas de las partes del derecho administrativo, como es la del régimen de cambios, se admite la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada previamente como sancionable, como son la intencionalidad, la culpabilidad e incluso la imputabilidad. (...) El establecer por vía de la regulación legal correspondiente, que las infracciones cambiarias no admiten la exclusión de la responsabilidad por ausencia de culpabilidad o de imputabilidad del infractor, o lo que es lo mismo, señalar que la responsabilidad por la comisión de la infracción cambiaria es de índole objetiva, no desconoce ninguna norma constitucional" (Corte Constitucional, Sentencia C-599, 1992, consideración 4a).

15 En la misma sentencia C-599 de 1992, consideración 15ª, se establece que en la responsabilidad objetiva la ausencia de culpa no exime de responsabilidad. Así, en el régimen cambiario, una vez comprobada la correspondencia entre un hecho y la tipificación legal de infracción cambiaria procede la imposición de una sanción, sin que la prueba de haber actuado sin culpabilidad remedie la procedencia de la sanción, pero, aunque la jurisprudencia nacional no aborda el tema desde la perspectiva de los eximentes de responsabilidad, en la doctrina civilista de responsabilidad se considera que, eventualmente, la presencia de una causa extraña podría excluirla (Tamayo, p. 2).

16 "Lo anterior no implica una negación de la presunción de inocencia, la cual sería inconstitucional, pero constituye una disminución de la actividad probatoria exigida al Estado, pues ante la evidencia del incumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria, la administración ya tiene la prueba que hace razonable presumir la culpabilidad del contribuyente" (Corte Constitucional, C.690/96, consideración 14a).

17 En el evento de que verificado un incumplimiento se presume la culpabilidad como presupuesto para la imposición de una sanción, como sucede en el derecho tributario, tal presunción no indica la deducción inmediata de responsabilidad, sino que implica para el administrado el deber de ejercitar su defensa probando su inculpabilidad, evitando así la deducción de responsabilidad, probando, por ejemplo, la ocurrencia de una circunstancia constitutiva de fuerza mayor.

cional en sentencia C-690 de 1996 que el caso fortuito y la fuerza mayor son causales de exculpación frente a la imposición de una sanción administrativa tributaria. Adicionalmente, en sentencia C-054 de 1999, la misma Corporación contempla la asunción de deberes de lealtad y corrección como criterios de gradación de la sanción, conforme lo señala el artículo 644 del Decreto 624 de 1989, mas no como circunstancias que excluyan la responsabilidad administrativa tributaria, ya que en esos supuestos (de corrección voluntaria de errores o inexactitudes en declaraciones tributarias) se presenta uno de los eventos que caen dentro del elemento de culpabilidad: la falta de diligencia¹⁸.

Es esta misma Corporación, la que en sentencia C-818 de 2005 ha considerado, respecto de investigaciones disciplinarias, que el funcionario competente para sancionador debe verificar la antijuridicidad material de la conducta imputada al servidor o particular investigado expresamente prevista en el artículo 5° de la Ley 734 de 2002, que dispone que “la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna” (Código Disciplinario Único, Ley 734, 2002).

18 En salvamento de voto, dentro de la sentencia C-054 de 1999, el Magistrado José Gregorio Hernández expresó su inconformidad con el análisis jurídico contenido en el fallo al estimar que “la buena fe del contribuyente no se puede descartar solamente a partir de equivocaciones técnicas o contables”. De la regulación española vale la pena resaltar la denominada ‘regularización voluntaria del obligado tributario’, contemplada en el apartado 3° del artículo 179 de la L.G.T., que contempla el principio de responsabilidad. Según este apartado tercero, los obligados impositivamente que subsanen voluntariamente las irregularidades que llegaren a presentarse en las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes, hasta antes de la notificación del requerimiento de cumplimiento de la obligación tributaria, de inicio del procedimiento sancionador o de la investigación administrativa, no incurrirán en sanciones. Podríamos decir entonces que estos criterios responden al principio de interdicción de la responsabilidad objetiva.

La identidad sustancial entre delitos e infracciones administrativas y su fundamento en el principio de la legalidad

Generalidades

El principio de legalidad, de origen propiamente político (Fiandaca y Musco, 2006, p. 74), significa en su sentido más general que el Estado -o sus órganos- están facultados para actuar, pero con sujeción a un determinado orden, como prenda de garantía de la libertad individual frente al ejercicio del poder. Aunque no puede precisarse su antigüedad, encuentra un fundamento histórico concreto en la filosofía de la ilustración y en los modelos liberales de Estado¹⁹

19 El Estado liberal como estado de derecho cuenta como uno de sus principales pilares '*the rule of law*' (producto del desarrollo constitucional inglés) o primacía de la ley común (Santofimio, 2005, p. 245 y ss.), similar al *rechtstaat* en Alemania (conjunto de principios derivados de la revolución francesa, entre los cuales se encuentra la soberanía nacional, supremacía de la ley y de la Administración, idea de constitución, separación de poderes y declaración de derechos) (Santofimio, 2003a, p. 268 y ss.), aunque cada uno con sus notas características y su origen igualmente disímil son manifestaciones en contra de los modelos absolutistas; aun así, en su consideración actual se puede ver una relación de paridad entre éstas y el principio de legalidad. De Vicente, asumiendo una postura similar, considera que en las teorías contractualistas de Rousseau y de la tridivisión del poder de Montesquieu, se encuentran los antecedentes ideológicos del principio de legalidad (2004, p. 17).

que, siguiendo a Fernández (1996a), plantea la teoría de los límites del ejercicio del poder²⁰.

Fiandaca y Musco (2006), De Vicente Martínez (2004, p. 18) y Velásquez (2004, p. 58) coinciden en afirmar que fue Feüerbach quien acuñó la formulación latina del principio según la siguiente letra: "*Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legalis*". En su evolución doctrinaria las nuevas corrientes proponen denominarlo principio de juridicidad, por el sometimiento al orden jurídico y no sólo a la ley (Muñoz, 2006, p. 406)²¹.

Su justificación y fundamento radican en la necesidad de garantizar la seguridad y certeza jurídicas frente al arbitrio de la autoridad, y en esencia limita el ejercicio del poder público, frente al cual la jerarquía normativa conduce a la sujeción al bloque de constitucionalidad en la concreción de las competencias atribuidas a la autoridad²².

20 Coinciden con Fernández, Fiandaca y Musco al afirmar que: "El pensamiento ilustrado, proclive a la eliminación de las arbitrariedades y los abusos del Estado Absoluto, afirma en sentido garantista la vinculación del juez a la ley como corolario del principio de la división de poderes" (2006, p. 75); al igual que De Laubadère, quien lo considera como un principio liberal que constituye una limitación al poder administrativo (1984, p. 75).

21 Posición compartida: Vedel (1980, p. 219); Brewer-Carías (2005, p. 43, *in fine*).

22 C. de E., sección III de la sala de lo C. A., providencia de 20 de octubre de 2005, radicación: 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579). "La doctrina ha entendido por control de legalidad la defensa efectiva del carácter jerarquizado de las reglas de derecho" (Lamprea, citando a Carré, 2003, p. 2). "(...) de la relación de la administración pública con el derecho, la posición más compartida del principio de legalidad es la que explica que la administración está sometida a la ley" (Muñoz, 2006), quien siguiendo a García de Enterría llega a afirmar que "fuera de la ley no existen potestades administrativas de ninguna clase".

El fundamento constitucional del principio de maras resulta disperso a lo largo de toda la Carta Política²³, pero encuentra una consagración explícita en los artículos 1º sobre Estado social y democrático de derecho, el 4º sobre supremacía constitucional, el artículo 6º sobre responsabilidad de los funcionarios y agentes del Estado y de los particulares, el 29º sobre debido proceso, y los artículos 121, 122 y 123 del capítulo denominado “De la Función Pública”, del título V de la Constitución Política Nacional, donde se establece la sujeción a la competencia legal.

Es por ello que el principio de legalidad ostenta una doble dimensión: política y jurídica²⁴. Desde su dimensión política la legalidad es “un requisito y un atributo del poder que supone ciertos límites al ejercicio del mismo”, por lo cual se encuentra una gran cercanía con la legitimidad del poder. Desde su dimensión jurídica se refiere a la “adecuación de los actos de autoridad a un conjunto de disposiciones legales” (Baca, Bokser-Liwerant, Castañeda, Cisneros y Pérez, 2000, p. 389 y ss).

Este principio del derecho, estudiado principalmente dentro del derecho público se muestra en la doctrina en dos áreas: uno general, a propósito de la legalidad

23 El mismo puede articularse a través de diversas disposiciones superiores, entre ellas se encuentran el artículo 1º, que establece el Estado social de derecho; el artículo 2º, sobre los fines del Estado y de las Autoridades públicas; el artículo 3º, acerca de soberanía popular; el art. 4º que consagra la supremacía constitucional; el 5º sobre derechos individuales inalienables; el artículo 6º sobre responsabilidad de los particulares y de las autoridades públicas; y el artículo 29 sobre el debido proceso, con especial referencia al párrafo segundo, conforme el cual “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”

24 Dimensión política y dimensión jurídica en la terminología empleada por Pedro Salazar Ugarte en *Léxico de la Política* (Baca Olamendi et al., 2000). En similar sentido Giovanni Fiandaca y Enzo Musco afirman que el principio de legalidad conjuga razones político ideológicas con una dimensión técnico-jurídica (2006, p. 76).

de las actuaciones de la administración pública, y una vertiente más específica, a propósito de la legalidad de la potestad sancionadora del Estado, tanto administrativa como penal²⁵.

Respecto de las autoridades públicas, este principio se bifurca en una vertiente formal y una teleológica²⁶ (Santofimio, 2003a, p. 366), que encontramos como proyecciones de la doble dimensión política y jurídica, mencionada por Salazar (Baca et al., 2000), y que implica en su vertiente formal el respeto o sujeción a las normas y en su vertiente teleológica es la dirección de la deontología y axiología jurídicas hacia un propósito o finalidad de interés general al que debe orientarse la función pública en la consecución de los fines estatales. Esta dicotomía estructura lo que García denominó 'Estado material de derecho' (Santofimio, 2003a, p. 362-369).

Entonces, en el Estado social y democrático de derecho el ejercicio de la potestad punitiva no es absoluto o arbitrario, sino que está sujeto, en su ejercicio al mandato legal correspondiente, a la autoridad para su aplicación, según sus principios y dentro del margen de su competencia. Barreto (Urbano, Mariño, Barreto y

25 El derecho penal, aunque discutido, se considera por la doctrina mayoritaria como una rama del derecho público, entre ellos: Bailón (1998, p. 19) y Soto (1982, p. 33). Considero que, no obstante, el principio de legalidad cae en el campo de estudio del derecho público, también se hace palpable a propósito del derecho privado, en el cual la autonomía de la voluntad determina su estudio usualmente a propósito de tipos de normas (derogables o no por la autonomía negocial, o de aplicación supletiva o supletoria) y de la nulidad, inexistencia e invalidez del negocio jurídico. En un sentido similar, Santofimio, se refiere a la 'doble proyección' del principio de legalidad: Sobre gobernantes y sobre gobernados: "tratándose de gobernados, la legalidad se traduce en ...el predominio de la autonomía de la voluntad como regla general, edificadora de formas de conducta interpersonales, y el reconocimiento de la posibilidad de limitación, por excepción, de los derechos y del ámbito de actuación de las personas..." (Santofimio, 2003b, p. 366 y 367). También comparte esta posición García Pelayo (1982, p. 52).

26 De Laubadère considera que las fuentes de la legalidad pueden ser escritas o no escritas; las no escritas las equipara con los principios generales del derecho (1984, p. 75).

Ruiz, 2002) refiriéndose a la ley penal sostiene que ésta “tiene que responder a unos principios y fines que le dan legitimidad material, más allá de la simple validez formal, tanto a su creación como a su aplicación (...)”. Por tanto, dentro del modelo de Estado implantado con la Constitución Política de Colombia de 1991 “se afirma el principio de imperio de la persona humana”; posición que resulta similar a la defendida por Gordillo (1998), al afirmar la vigencia de los derechos individuales como principio general para el ejercicio del poder de policía²⁷, a partir del cual, en casos concretos y por disposición legal, se pueden determinar las excepciones para la restricciones y limitaciones propias que determina la coacción estatal.

El principio de legalidad de las actuaciones administrativas

El principio de legalidad de las actuaciones administrativas en Colombia se encuentra consagrado en diversas normas de la Constitución Política nacional, entre las que se encuentran los principios de competencia legal (arts. 121 y ss. de la Constitución), de la supremacía constitucional (art. 4), del carácter jerarquizado de las normas de derecho y el debido proceso; los principios de responsabilidad de las autoridades públicas y del Es-

27 Sánchez (2004) estima que “Parece existir unanimidad en la tesis de que el origen de la potestad sancionadora de la Administración, en el marco del Estado de derecho, se halla en sus poderes de policía.” Según Nieto (2005): la potestad sancionadora de la administración “tradicionalmente venía siendo considerada como una emanación de la Policía y desde allí se ha venido evolucionando hasta llegar a la tesis que es hoy absolutamente predominante, a saber: La potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los jueces y tribunales, forma parte de un genérico <<ius puniendi>> del Estado, que es único, aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones”. En contraposición a Nieto, García y Fernández (1986b) encuentran el fundamento de la legitimidad de la potestad sancionadora administrativa en la ‘capacidad ordenadora de las actividades privadas’.

tado (arts. 6 y 90 Constitucionales) y el catálogo deontológico y axiológico que orienta el papel del Estado colombiano contemporáneo. Está dirigido a precisar la motivación que debe guiar el actuar administrativo y, en términos generales, el ejercicio de la función pública; en este lugar se incluye la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado²⁸. A pesar de la amplitud de las normas que contienen el principio de legalidad, su consideración originaria y núcleo esencial lo constituye la sujeción de las autoridades al orden jurídico preestablecido.

La legalidad es entendida como aquel marco dentro del cual la autoridad puede desenvolverse para el desempeño de sus funciones, conforme a la Constitución, la ley y los reglamentos. Aquí la legalidad se predica tanto de la actividad de la administración desde su parte dinámica (hace parte determinante de la configuración de las prerrogativas del poder), como de la legalidad en el aspecto estático de la administración, es decir, de las estructuras a través de las cuales ejerce tales prerrogativas (Santos, 2005, p. 95; Rivero, 2002, p. 186).

Anotado lo anterior, es con ocasión de la existencia de actividades administrativas donde el principio de legalidad se erige en un medio de mayor incidencia para la protección del ciudadano, aunque para propósitos teóricos, tanto en la parte estática como en la parte dinámica del derecho administrativo, el principio de lega-

28 "El elemento teleológico es, en todo caso, un presupuesto importante de cualquier interpretación de los actos estatales porque no es suficiente para la plenitud del derecho una simple y formal comparación entre las decisiones del Estado y el ordenamiento jurídico, en especial las del poder administrativo, para concluir que se ha realizado todo un proceso interpretativo de la legalidad. Se hace indispensable ir mucho más allá, identificando la plenitud de las finalidades para las cuales ha sido instituido el Estado, que viene a constituir el gran acervo de aspiraciones del interés general" (Santofimio, 2003b, p. 42 y s.s.).

lidad implica la sujeción a la ley. Valga entonces precisar el contenido del concepto *ley*, que como viene desde los 'planteamientos generales' se hace coincidir con la noción de ordenamiento jurídico;²⁹ sin embargo, al ordenamiento jurídico interno debe sumarse el bloque de constitucionalidad, según viene ordenado por el artículo 93 de la Constitución Política nacional. Por esta razón resulta válido a este respecto la posición de Brewer-Carías al incluir dentro del contenido del principio de legalidad los tratados internacionales vigentes,³⁰ especialmente en materia de derechos humanos; "y las [disposiciones] que emanen de órganos supranacionales, particularmente de la Comunidad Andina de Naciones" (2005, p. 41 y 42), y va en su extensión hasta el estudio de aquellas situaciones en que el carácter jerarquizado de las normas jurídicas adquiere su expresión más concreta y específica, por ejemplo en el acto administrativo y pasando por los decretos y las normas reglamentarias, ideadas para la debida ejecución de la ley y que pueden devenir de una habilitación legal o de una atribución constitucional expresa, como sucede con los denominados decretos constitucionales o autónomos.

Tipos de sometimiento a la legalidad. Expuesta la referencia al contenido del principio de legalidad surge entonces una segunda discusión en la doctrina acerca de la naturaleza, positiva o negativa, de la sujeción de la administración a la legalidad. Tal sujeción o tipo de sometimiento viene determinado según dos modelos históricos del Estado de derecho y del derecho

29 Para precisar lo anterior, valga a manera de ejemplo lo anotado por Vedel (1980), al explicar la sujeción de la administración no sólo a reglas jurídicas exteriores, sino también la sujeción a normas que la misma administración ha elaborado (1980, p. 220).

30 En el mismo sentido: De Laubadère (1984, p. 78).

administrativo: el sistema continental (*droit administratif*) y el sistema anglosajón (*common law* o *rule of law*) (Santofimio, 2003a, p. 245).³¹

Para dilucidar tal debate regresamos a Rivero para aclarar si "el derecho es para la administración ¿un límite o un instrumento?" (2002, p. 195). Tal discusión la entendemos como parte del surgimiento histórico de los dos sistemas de sometimiento de la administración al derecho que hemos enunciado. Así planteado, la Revolución Francesa, como hito histórico determinante en el surgimiento del sistema de derecho administrativo o europeo continental del cual se nutre el derecho administrativo colombiano, expresa un movimiento reaccionario contra la monarquía, que en últimas era la depositaria de la soberanía y a la cual se le opone la legalidad como un principio de limitación; por ello, con la vigencia del principio de la legalidad, la administración puede actuar pero de conformidad con la competencia ordenada por la ley que expresa la voluntad nacional (Vélez, 1996).

Por su parte, el movimiento revolucionario norteamericano (y el desarrollo del constitucionalismo inglés) están determinados por un movimiento reaccionario contra el poder parlamentario, que en ese entonces detentaba el poder. En este sistema de *common law*, el principio de legalidad surge entonces no como un imperativo de hacer o una habilitación de competencias, ya que el rey encarnaba una voluntad de bien general, por lo cual, semejante a como sucede con respecto a los ciudadanos, el rey podía actuar como a bien tenga

31 Para una mayor claridad sobre los dos sistemas de derecho administrativo, ver además de Santofimio (2003a), a Vélez (1996).

en beneficio de la nación, sin más limitaciones que los derechos garantizados a los particulares (Vélez, 1996).

Esta doble óptica determina la diferencia en el tipo de sujeción o vinculación al derecho. Sujeción negativa a legalidad es aquella que le permite a la administración hacer todo aquello que la ley no le prohíba expresamente, teniendo en cuenta la finalidad del Estado y de los funcionarios y agentes de éste en el desempeño de la función pública, y marcha en paralelo con las potestades discrecionales de la administración. De conformidad con esta vinculación el principio general que rige es similar al que opera para las actuaciones de particulares, según el cual la autoridad pública podría hacer todo aquello que la ley no le prohíba expresamente. Por otra parte, la vinculación positiva de la administración a la legalidad indica la idea de sujeción a la competencia legal previamente establecida, en virtud de la cual la actuación administrativa sería legítima en la medida en que venga autorizada por la ley (García y Fernández, 1999, p. 429; Parejo, 2003, p. 116).³²

Para el caso colombiano, la discusión sobre tipo de sometimiento de la administración al derecho se zanja por disposiciones constitucionales (artículos 6 y 121 de la Constitución) que determinan un tipo de sujeción negativa (Rodríguez, 2001, p. 244). Aun así, en tal evolución se ha verificado una 'aproximación' en los dos sistemas jurídicos referidos (Martín, 2002, p. 47).

32 Un *ex cursus* histórico sobre la sujeción de la administración pública al derecho y los aportes de las revoluciones norteamericana y francesa está presente en Santofimio, 2003a, p. 187-331).

El contenido múltiple del principio de legalidad en el derecho penal ^{33*}. Como se planteó en el capítulo primero, al derecho administrativo sancionador como manifestación relativamente novedosa del *ius puniendi* estatal se le han aplicado moduladamente principios propios del derecho penal, guardando las proporciones con la naturaleza sancionadora y administrativa que ostenta esta nueva rama del derecho. Esta relación la describe Cano Campos como “una exigencia constitucional e institucional del sistema público sancionador” (2002, p. 51 y 52).

En su significado, el principio de legalidad no varía del derecho administrativo al penal, ya que acá también denota la obligatoriedad de sujeción al derecho. Cuatro subprincipios articulan el principio de legalidad y lo dotan de contenido y significado propio en el derecho penal. Estos subprincipios, que pueden variar de una doctrina a otra,³⁴ permiten apreciar los aspectos formal y material de la legalidad, especialmente referida al derecho penal. Nos referiremos brevemente a los principios de a) reserva de ley, b) taxatividad, c) irretroactividad de la ley, y d) la prohibición de la analogía.

33* Para Fiandaca y Musco (2006) y De Vicente (2004), los principios de ‘reserva de ley’, tipicidad, irretroactividad de la ley y prohibición de la analogía son los que dotan de contenido el principio de legalidad. Con base en estos autores (principalmente) se ordena la exposición de este título segundo.

34 En el título 5º, *Contenido del principio de legalidad* (p. 35 y ss.), De Vicente (2004) contempla tales variaciones; así por ejemplo, la doctrina alemana acoge la ‘visión cuatridartita’, en tanto que la italiana excluye la prohibición de la analogía como principio autónomo y la española incluye un quinto subprincipio: el *non bis in idem*.

- a. *La reserva de ley: lex scripta.* La 'reserva de ley' es la expresión que indica la competencia exclusiva del Congreso para regular determinadas materias, excluyendo así la posibilidad de regulación jurídica a través de fuentes secundarias delegadas a otros poderes del Estado.³⁵

Este principio significa la competencia exclusiva de la ley para calificar las conductas disvaluadas penalmente, las sanciones imponibles, los procedimientos y los órganos del Estado facultados para la persecución penal (Tocora, 2002, p. 94-104). Para Velásquez (2004, p. 58 y s.s.) la reserva de ley implica el "monopolio legislativo en la creación de la materia penal, que, para el caso colombiano, se traduce en la necesidad de acudir a la ley estatutaria para expedir este tipo de materias (en contra, sin embargo, la Corte Constitucional, sentencias C-01 de 21 de enero de 1993; C-313 de 7 de julio de 1994; y C-055 de 16 de febrero de 1995)", quedando excluida la posibilidad de acudir a la costumbre para penar comportamientos del hombre.

- b. *El principio de taxatividad: lex certa.* Según este principio, el tipo penal debe ser determinado con suficiencia, es decir, la ley debe tipificar con claridad y precisión la conducta meritoria de sanción y la penalidad correspondiente, de tal manera que "pueda ser conocido por el ciudadano medio lo que es objeto de prohibición" (De Vicente Martínez, 2004, p. 40).

³⁵ Es la Constitución la fuente que por disposición expresa fija un asunto determinado bajo el dominio de la ley, razón por la cual, el principio de legalidad está en íntima relación con la 'jerarquía normativa' y expresa una exigencia de garantía de las libertades ciudadanas.

A través del principio de taxatividad (también llamado de tipicidad) se entrelazan las nociones de ‘técnica legislativa y de seguridad jurídica’, por tanto, vincula al legislador y al juez. Al legislador lo vincula por la necesidad de garantizar la certeza jurídica, describiendo con claridad y precisión la conducta antijurídica. Al juez lo vincula para que en la aplicación del silogismo sancionador confirme con los hechos la previsión legislativa. La precisión de la ley también vincula al ciudadano, en la medida en que hace posible la finalidad preventiva de las normas sancionadoras (De Vicente, 2004).

Los elementos del tipo descrito en una norma sancionadora, como suelen ser las de derecho penal, pueden ser de naturaleza descriptiva o de naturaleza normativa (jurídica o extrajurídica). Los elementos descriptivos son los instrumentos de la técnica legislativa aptos para garantizar la taxatividad. Sin embargo, el margen legislativo para la tipificación de las conductas conlleva a la conclusión necesaria de que la determinación suficiente lleva ínsita una indeterminación tolerable (Fiandaca y Musco, 2006, p. 100). Esta indeterminación tolerable se torna visible a propósito de los elementos normativos del tipo, de los conceptos jurídicos indeterminados, de los tipos penales abiertos y normas en blanco y de los márgenes para la dosimetría penal.³⁶ Sin embargo, el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad o tipicidad determina la imperatividad de que la conducta no sólo sea contenida en una ley, sino que tal descripción típica y las sanciones imponibles “deben estar consagradas de una manera clara, precisa y determinada en el derecho positivo” (Velásquez, 2004, p. 60).

³⁶ Respecto de los tipos abiertos y en blanco han sido considerados más que indeterminaciones tolerables como formas de desvirtuar el principio de legalidad. Entre quienes plantean lo anterior se encuentran Tocora (2002, p. 98) y Velásquez (2004, p. 62).

- c. *La irretroactividad de la ley: lex praevia.* El principio de irretroactividad de la ley está dirigido a garantizar la seguridad jurídica y la libertad individual, estableciendo para la aplicación de la ley³⁷ límites en el tiempo.

Dos pasos en la formación de la ley ostentan importancia a propósito de la adquisición de vigencia en el tiempo: la sanción legal y la promulgación de la ley. La sanción legal es el acto por medio del cual el Gobierno nacional encuentra que no hay motivos (por inconstitucionalidad o por inconveniencia) para objetarlo. La promulgación, en cambio, es un acto de publicidad.

En Colombia se tiene, por regla general, que la ley rige (adquiere fuerza obligatoria) luego de transcurridos dos meses de su publicación en el Diario Oficial (término conocido como de vacancia legal o *vacatio legis*), es decir, dos meses luego de promulgada. Tal regla general admite excepciones, unas determinadas por regulación irregular y otras por disposiciones especiales. Así las cosas, las excepciones al principio general de vigencia de la ley se exceptúa cuando la misma ley determina expresamente la fecha de su entrada en vigor o cuando se faculte al presidente de la República para fijar su fecha de entrada en vigencia y cuando motivos inevitables interrumpen las comunicaciones con la capital de la República, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de que cese tal incomunicación; además de las disposiciones especiales sobre establecimiento de monopolios

37 La ley, en su sentido formal, es el acto que expide el Congreso de la República, pero para que tal acto entre a regir requiere del cumplimiento de las disposiciones constitucionales, de los trámites exigidos por el Código de Régimen Político y Municipal y de la ley 5ª de 1992 o Reglamento del Congreso.

y contribuciones, según lo establecen los artículos 336 y 338, inc. 3º de la Constitución (Pérez 2003, p. 504-516 y Monroy, 2003, p. 168 y ss.).

La pérdida de vigencia de una norma se da cuando cesa su eficacia obligatoria, que puede suceder como causa de la derogación (tácita o expresa), por abrogación, subrogación, modificación o reforma, o por la inconstitucionalidad judicialmente decretada (Monroy, 2003, p. 177 y ss.).

Conforme este principio del derecho, las leyes son obligatorias mientras dure su vigencia. Esta regla general admite excepciones, cobijadas con los fenómenos de la retroactividad de la ley y la aplicación ultra activa, como sucede en el derecho penal cuando ésta tenga un carácter benéfico para el reo (principio de favorabilidad) (Vásquez, 2001, p. 459 y Velásquez, 2004, p. 60). En este supuesto de beneficio caen las normas de despenalización y de reducción de penas cuando por motivos de orden público así lo ha determinado el legislador, o cuando se trate de leyes interpretativas (Monroy, 2003, p. 442-448).

d. La prohibición de la analogía: lex stricta. El principio general establecido a propósito de la analogía no es su prohibición, sino su establecimiento como método de integración e interpretación de la ley, consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

Las características de impersonalidad, abstracción y generalidad de la ley permiten que ésta cobije un número indeterminado de situaciones jurídicas y de relaciones intersubjetivas, que con el concurso de los de-

más ordenes jurídicos permiten considerar el derecho positivo un sistema pleno. Sin embargo, esta plenitud puede verse truncada bien por la omisión del legislador o ya por la evolución de las relaciones sociales, que dejan de lado el derecho cristalizado frente al desarrollo social. De ahí que sea necesario recurrir a los métodos de integración e interpretación del derecho. Pero en lo que a derecho penal corresponde, el principio de legalidad o el carácter *estricto* del mismo impide al intérprete u operador jurídico recurrir a la aplicación analógica de la ley para fundamentar la imposición de una sanción.

El principio de interdicción de la analogía se ha sustentado en el principio de legalidad, haciendo alusión expresa al imperativo que determina que para la imposición de sanciones la autoridad debe proceder con fundamento en una ley previa, cierta y estrictamente aplicable a la conducta que se imputa como contravención del orden.

El principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador

En el derecho administrativo sancionador, al igual que en el derecho penal, la importancia primordial del principio de legalidad radica en la exigencia de que la norma sancionadora sea una ley formal. Así las cosas, el principio de legalidad en derecho administrativo sancionador determina como regla general la exigencia de rango legal para la tipificación de conductas y para el establecimiento de sanciones (Bermejo, 2005, p. 85), sin perder de vista la vinculación personal que implica el principio, ya referida a propósito de la legalidad de las actuaciones administrativas.

El Código Disciplinario Único, adoptado mediante la Ley 734 de 2002 contempla el principio de legalidad en los siguientes términos: “El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”. En la jurisprudencia nacional se afirma con claridad el principio de legalidad³⁸ en derecho administrativo sancionador. Así, la Corte Constitucional considera que:

Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa. Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas³⁹ (Corte Constitucional, Sentencia C-1161 de 2000).

38 “La Corte ha señalado que el principio de legalidad exige (i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no sólo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable. Obviamente, esto no impide que el legislador diseñe mecanismos que permitan la gradación de la sanción, como el señalamiento de topes máximos o mínimos” (Corte Constitucional, Sentencia C-475, 2004 y C-853, 2005).

39 Ver Corte Constitucional, Sentencia C-417/93. Consideración de la Corte No 3. En el mismo sentido, ver sentencia C-280 de 1996.

Sobre el principio de legalidad en derecho administrativo sancionador, Sánchez (2004), siguiendo lo expuesto en la sentencia STC 42 (Tribunal Constitucional de España, 1987)⁴⁰, sostiene que éste implica una doble garantía: la garantía material o sustantiva de alcance absoluto según la cual debe haber una tipificación expresa de infracciones y sanciones que “reúnan las condiciones de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*”⁴¹. Esta primera garantía determina la previsión legal de conductas ilícitas y las sanciones correspondientes.

Sánchez resalta la condición de ‘*lex certa*’, “que implica una determinación suficiente de las conductas tipificadas como infracción y del contenido de las sanciones” (2004, p. 659). Así mismo, incluye dentro de tal garantía sustantiva la competencia legal para el ejercicio de la potestad sancionadora. Esta garantía de tipicidad resulta especialmente importante a propósito de los conceptos jurídicos indeterminados y de “normas que tipifican sanciones por remisión a otras que impongan deberes, obligaciones o prohibiciones de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se considere

40 Ver también Sentencia 16 del Tribunal Constitucional de España (2004)

41 En similar sentido, la Corte Constitucional de Colombia concibe el principio de legalidad a partir de los tres elementos esenciales o condiciones referidos: “En efecto, el principio de legalidad está integrado por tres elementos esenciales: la *lex praevia*, la *lex scripta* y la *lex certa*. La *lex praevia* exige que la conducta y la sanción antecedan en el tiempo a la comisión de la infracción, es decir, que estén previamente señaladas; la *lex scripta*, en materia de *ius puniendi*, significa que los aspectos esenciales de la conducta y de la sanción estén contenidas en la ley; y la *lex certa* alude a que tanto la conducta como la sanción deben ser determinadas de forma que no haya ambigüedades” (Corte Constitucional, Sentencia C-333, 2001). En el mismo sentido está la Corte Constitucional, Sentencia C-853, 2005.

el elemento definidor de la infracción⁴². Respecto de la tipicidad ya no de la infracción, sino de las sanciones “lo que se prohíbe es que las sanciones tengan una formulación tan abierta, por su amplitud o vaguedad que la efectividad de la misma dependa de decisiones prácticamente libres o arbitrarias del interprete” (Tribunal Constitucional de España, SSTC 29/1989, 34/1996, 14/1998, 25/2002, 100/2002, 210/2005).

El segundo aspecto referido al principio de legalidad en el derecho sancionador es la ‘reserva de ley’ o garantía formal de legalidad, por lo que la norma que contempla conductas sancionables administrativamente deben ostentar el rango de ley, esto es, proferida por el órgano legislativo del Estado, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la remisión normativa. De ahí que en derecho administrativo el principio estudiado resulta menos riguroso que en materia penal.

De conformidad con lo expuesto, la regla general que precisa la existencia de una norma de rango legal que regule el ejercicio de la potestad sancionadora y la exigencia de contenido material propio⁴³ se flexibiliza a propósito de las normas reglamentarias preconstitucionales⁴⁴, así como en el caso de remisiones a regla-

42 La jurisprudencia nacional también acoge un criterio similar al expuesto por el autor referenciado. Así, respecto del principio de tipicidad, el Consejo de Estado ha planteado que “Y ello es así, pues se exige en la falta disciplinaria que se definan de manera inequívoca, esto es, de manera clara, precisa, concreta, sin ambigüedades, la conducta violatoria de las normas que rigen el comportamiento del servidor público. Por tal virtud no puede el juzgador ni el funcionario disciplinante inventar un tipo penal o una falta disciplinaria que no se encuentre claramente descrito en la ley con el fin de imponer una pena o sanción” (C. de E., sección II, subsección A de la sala de lo C.A. Rad: Nº 1100103250002001-091-00 (1265-2001). Agosto 25 de 2005).

43 En el caso de leyes habilitantes que remiten a reglamentos que regulan ‘relaciones de sujeción general’ se mantiene la exigencia de determinación legal de ‘los elementos esenciales de la conducta antijurídica’, en cuyo caso la determinación reglamentaria se sujeta a la ley.

44 Ver: Tribunal Constitucional de España, STC-16, 2004.

mentos que regulen relaciones de sujeción especial y de regulaciones propias dentro de la autonomía local (territorial) constitucionalmente garantizada (Sánchez, 2004).

En el sistema colombiano las leyes marco⁴⁵ permiten flexibilizar el principio de reserva legal, aunque no de una manera abierta sino estableciendo un margen de disposición administrativa-normativa y teniendo las sanciones un fundamento legal.⁴⁶ Esta flexibilización permitida por las leyes marco adquieren importancia a propósito de los poderes normativos constitucionalmente establecidos dentro de las potestades del poder ejecutivo, como sucede con el manejo de las actividades financiera, bursátil y aseguradora⁴⁷.

45 Las leyes marco han sido reconocidas por la jurisprudencia nacional como una "excepción a la cláusula general de competencias del Congreso y al reparto ordinario de competencias entre el Legislador y el Ejecutivo" (Corte Constitucional, C-1161, 2000).

46 En la sentencia C-1161 de 2000, citada arriba, la Corte Constitucional declara inexecutable el artículo 52 del E.O.S.F., pues una facultad abierta para señalar sanciones correspondientes a infracciones administrativas atribuida al ejecutivo deviene contraria al principio de legalidad. El artículo 52 E.O.S.F. era del siguiente tenor: "Artículo 52. Sanciones. El Gobierno Nacional, en ejercicio de la función de intervención, podrá señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. En desarrollo de esta facultad sólo podrán establecerse sanciones pecuniarias, sin perjuicio de la adopción de las demás medidas administrativas que resulten procedentes de acuerdo con la ley".

47 Ver: Consejo de Estado. Sala Cuarta de Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia (2005).

Esta matización del principio o menor rigidez del mismo, se hace necesaria especialmente en lo relacionado con la descripción típica de las conductas sancionables (taxatividad)⁴⁸, pudiendo ésta no ser plenamente determinada, pero sí objetivamente determinable (¿fuente normativa de segundo grado?) respecto de las sanciones, generalmente graduables atendiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad (dosimetría de la sanción),⁴⁹ y respecto de la reserva de ley, dada la posibilidad de reglamentación normativa por fuentes secundarias. Esta matización de principios es expuesta por la Corte Constitucional en sentencia T- 1105 de 2005, por medio de la cual se pronuncia en sede de revisión sobre la acción de amparo de derechos fundamentales al debido proceso y a la presunción de inocencia con ocasión de la sanción de destitución proferida por la Procuraduría Regional de Cundinamarca en contra de un funcionario de elección popular, afirmando que: “Esta Corporación ha señalado que si bien el principio arriba expuesto debe aplicarse sin excepción en todas las actuaciones procesales que se deriven de la potestad sancionadora del Estado, existe una diferencia importante en la aplicación del principio de legalidad respecto de la determinación de las conductas en los tipos legales del ordenamiento penal, por un lado, y en los del ordenamiento disciplinario, por el otro. Ello porque, a diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con

48 García y Fernández (1986) consideran que la tipicidad o especificidad de la conducta y de la sanción descansan sobre una doble exigencia: del principio general de libertad y la exigencia de seguridad jurídica.

49 Ver Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 2000, C-853 de 2005 con citas de C-406 de 2004 y C-099 de 2003.

un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan con los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario”, desarrollando su entelequia con fundamento en la teoría del sistema de *numerus apertus* ⁵⁰.

50 En este caso, la Procuraduría Regional de Cundinamarca considerando los actos administrativos por medio de los cuales el alcalde electo encargó el ejercicio de las funciones de alcalde a un funcionario que no era el secretario del despacho, en contravención a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 106 de la Ley 136 de 1994, que fija el procedimiento que se debe cumplir para hacer la designación en vacancias temporales de los alcaldes municipales, incurrió en una falta gravísima de acuerdo con el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002: “Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”, ya que el encargo hecho en contra de la ley constituía una conducta que se podía encuadrar en el artículo 413 del Código Penal: “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”. En consecuencia, le aplicó la sanción de destitución e inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas por el término de diez (10) años.

La integración normativa y la aplicación analógica del derecho sancionador *¿permisión o prohibición?*

Generalidades

Es una labor muy dispendiosa definir el vocablo *Derecho*, tanto por su ambigüedad como por la vaguedad del término. Filósofos y tratadistas han intentado llegar a una conclusión unificada acerca de lo que debe entenderse por tal concepto. Así, se encuentran en la doctrina diferentes proposiciones: el derecho como disciplina, como conjunto de reglas e instituciones, como fuentes formales de normas e instituciones, incluso como equivalente o sucedáneo de la justicia y la equidad (Bonnecase, 2000, p. 1-14).

Para tomar partido por una definición que sirva de base para el análisis que se propone de una institución en el escenario de lo jurídico, optamos por concebir el derecho como un conjunto sistemático de normas⁵¹. Y es un conjunto porque el derecho no es sinónimo de norma, aunque una norma pueda ser de derecho. El dere-

51 "El término derecho, en su más común acepción de derecho objetivo, indica un tipo de sistema normativo, no un tipo de norma" (Bobbio, 2007, p. 151). Entre quienes conciben el derecho como conjunto de normas, además de Bobbio, Torr  afirma que es un "sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social (1965); Bonnecase lo denomina "conjunto de reglas de conducta exterior que, (...) (citados por Monroy, 2003, p. 17 y 18).

cho se constituye a partir de una pluralidad de normas. En segundo lugar, mencionamos que es sistemático, y lo es con ocasión de la coherencia que media entre las normas jurídicas para integrarse entre sí, y entre éstas y las demás fuentes del sistema normativo propuesto desde la Constitución⁵².

Así planteado, un sistema jurídico perfecto (bajo el modelo de derecho europeo continental) sería un conjunto ordenado de normas coherentes que se basta a sí mismo para regular la conducta del hombre en sociedad.

En la teoría general del derecho⁵³, la unidad, la coherencia y la plenitud son características esenciales del ordenamiento jurídico tendientes a garantizar, desde el aspecto de unidad, los órdenes jerárquicos dentro de un único sistema jurídico del Estado con pluralidad de fuentes normativas; desde la óptica de la coherencia del ordenamiento, la tendencia se dirige a la solución de las antinomias, es decir, de normas contradictorias entre sí. Mientras que desde la plenitud⁵⁴, el entramado lógico en el que descansa el sistema normativo debe tender a la suficiencia, aún en casos de ausencia de regulación. Con la plenitud del ordenamiento se tiende a garantizar que el operador jurídico valore situaciones no reguladas expresamente en la ley, haciendo uso de los medios de integración del derecho, de ello se concluye que pueda haber lagunas en la ley, más no en el derecho.

52 La teoría de los sistemas resulta de un desarrollo consistente y amplio como aspecto metateórico del derecho. En efecto, en el documento de trabajo intitulado *El derecho y la sociedad: El derecho como sistema* (Merlano, 2016), se hace referencia a diversas tesis acerca del ordenamiento jurídico como sistema. Entre éstas, las tesis formuladas por Bobbio, por Canaris, por Fikentscher o por Luhmann.

53 Especialmente en la obra de Bobbio (2007): *Teoría general del derecho*.

54 Denominada 'universalidad' en la obra de Savigny citado por Monroy, 2003, p. 384.

Decimos entonces que a pesar de que en el derecho no hay lagunas, sí las hay en la ley, por lo que debe encontrarse una solución para aquellos casos en los cuales la legislación no previó una solución expresa. Para proveer a tal solución debe seguirse entonces con los medios de integración normativa, que puede llevarse a cabo bien recurriendo a otros órdenes normativos, como el derecho natural (que en el derecho colombiano se consagró en el artículo 4 de la ley 153 de 1887⁵⁵), o el recurso a la costumbre como fuente de derechos (Bobbio, 2007, p. 235 y ss.).

Otra forma de proveer a la plenitud del ordenamiento es recurriendo al mismo ordenamiento, prevalentemente dentro de su fuente dominante (la ley), en este caso nos referiremos a la autointegración, que se vale principalmente de dos procedimientos: i) la analogía, y ii) los principios generales del derecho (Bobbio, 2007, p. 238 y ss.).

Según hemos planteado, es entonces frente a la eventualidad de que un sujeto se encuentre inmerso en una situación no prevista expresamente en la ley cuando se hace imperiosa la necesidad de apreciar el sistema jurídico para dotar de valoración una situación que inicialmente no fue desvalorada por el derecho, sino que escapó a su regulación.

La plenitud del orden jurídico y su consecuente ausencia de lagunas va aparejada del deber -obligación- de adjudicar una solución a cada caso que se controvierte, especialmente en aquellos sistemas en los que, como sucede en Colombia, "los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o

55 En Bobbio (2007), nota del traductor.

insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia” (Congreso de la República, Ley 153, 1887). Nos referiremos seguidamente a la analogía como procedimiento de autointegración normativa.

Concepto de analogía

Análogo es el adjetivo de aquello que se parece a, o que guarda similitud con algo. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2017) define la analogía como “1. *f.* Relación de semejanza entre cosas distintas. 2. *f.* Razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes.(...) 4. *f. Der.* Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella”.

De la doctrina nacional, Monroy sostiene que la analogía “consiste en aplicar a un caso no previsto en la ley, la norma que rige otro caso semejante o análogo, cuando existe la misma razón para resolverlo de igual manera (*Ubi eadem est legislatio, ibi eadem est legis dispositio*). Se dice que la analogía es un principio de integración del derecho, por cuanto mediante ella se agregan a éste soluciones que no ha formulado. La analogía representa una extensión de la ley a casos distintos a los expresamente previstos” (2003, p. 340).

Vistas las definiciones citadas, puede plantearse que no existe un concepto unívoco del término ‘analogía’; aun así, encontramos dos nociones fundamentales sobre la ‘analogía’: como proporción o semejanza y como método de integración del derecho⁵⁶. Sin embar-

⁵⁶ Una propuesta novedosa del concepto de analogía en el derecho es la propuesta por Cano al incluir un tercer significado de la analogía: como concepto jurídico indeterminado (2002, p. 55 y 56).

go, circunscrito al campo de lo jurídico, la analogía es concebida como un procedimiento de autointegración normativa (al igual que el recurso a los principios generales del derecho), por medio del cual se verifica la cualidad de plenitud atribuida al ordenamiento jurídico⁵⁷.

La analogía se sustenta en una relación de identidad o semejanza, llamada también '*ratio iuris*' o 'aspectos esenciales'⁵⁸, pero en la medida en que las desviaciones o diferencias entre las situaciones dadas y su valoración jurídica resulten esenciales y notables, la analogía no encontrará sustento de validez.⁵⁹

Sin embargo, el razonamiento por analogía como método de integración del derecho (de su interpretación y aplicación), pone de manifiesto también una relación de identidad o semejanza (analogía como proporción) (Atienza, 1986; Bobbio, 2007; Klug, 2004). Si el

57 Bobbio plantea que "El método de la auto integración se vale principalmente de dos procedimientos: 1º) La analogía, y 2º) los principios generales del derecho (...)", y sostiene que "Por analogía se entiende el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo régimen dado a un caso regulado similarmente. (...); es el procedimiento mediante el cual se explica la denominada tendencia de todo sistema jurídico a expandirse más allá de los casos expresamente regulados (...)" (2007, p. 234). En similar sentido el diccionario jurídico Espasa (2001) concibe la analogía como "Técnica y procedimiento de auto integración de las normas jurídicas, que descansa en el entramado lógico de un ordenamiento, conforme con el cual el principio o la regla previstos para un caso o situación concreta pueda extenderse a otro, que guarda con el primero una gran semejanza o identidad de ratio" (2001, p. 146).

58 "Tradicionalmente se habla de aplicación analógica de enunciados jurídicos cuando uno de estos, que se ha formulado para un supuesto determinado, se aplica a un supuesto distinto, que coincide con el primero en los "aspectos esenciales" [*in den wesentlichen Beziehungen*]. Bovensiepen, *Analogía und per argumentum e contrario*, en Klug (2004, p. 138). También citado por Mendonça, 1998.

59 Bovensiepen, citado por Klug, considera que la analogía solo está permitida cuando la desviación entre supuestos no es esencial. Sin embargo, consideramos con Klug (2004, p. 141 y ss.) que "para determinar lo que es pensamiento fundamental y lo que es pensamiento secundario, así como para separar lo esencial de lo in esencial, faltan criterios lógicos o teleológicos". Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*, pasó por alto el lado teleológico (citado por Klug, 2004, p. 142). Tales aspectos lógicos y teleológicos faltantes se complementarían con el imperativo de la legalidad formal y teleológica ínsito a las instituciones jurídicas.

derecho, desde su concepción más general presupone una situación de hecho, donde encuentra su base, la analogía en derecho implica a su vez, y necesariamente, una situación análoga de hecho, 'en su razón suficiente' para ser valorada por el derecho⁶⁰. La analogía podemos entenderla entonces como un procedimiento interpretativo y de integración de la ley para la aplicación de las normas jurídicas entre casos que guardan entre sí una relación de identidad o semejanza, no solo como situaciones de hecho sino también de la forma en que es *-el caso regulado-* y debería ser valorado *-el caso no regulado-* por el orden jurídico, permitiendo así superar las eventuales lagunas que puede presentar el ordenamiento y preservando su plenitud.⁶¹

De su definición se desprende la naturaleza jurídica de la analogía como procedimiento de integración normativa. Sin embargo, reiteramos que el procedimiento analógico comparte una dualidad, pues es un procedimiento de interpretación tanto como de integración en la medida en que para llevar a cabo las

60 "La analogía es estimativa de una semejanza exterior e inmediata de los casos, pero es necesario, para que podamos encontrar la identidad de razón entre dos supuestos, que empleemos un método diferente a la deducción y a la inducción, porque mientras la deducción se desenvuelve de lo general a lo particular y la inducción actúa de lo particular a lo general, la analogía va de un plano particular a otro particular. En el hilo del desarrollo inductivo, el primer peldaño sería la interpretación analítica de las normas. A continuación, pasaríamos a la construcción de las instituciones, la unión sistemática de los principios que regulan una relación como precipitado lógico de las reglas de derecho. Por último, vendría la creación del sistema, que es la forma más perfecta del conocimiento científico" (Garrido, 2003).

61 En contra de esta proposición, Bravo (2002, p. 179) afirma que "la analogía es un procedimiento que nada tiene que ver con la interpretación de la ley". Klug distingue entre analogía e interpretación extensiva: "Esta última se limita a poner en claro la idea de la ley, ante una expresión legal demasiado restringida (...)" (2004, p. 140).

fases inductivas-deductivas⁶² para la aplicación analógica de una ley se requiere un proceso interpretativo.⁶³

La aplicación de una disposición por analogía o *argumentum a simili*⁶⁴, parte de su soporte axiológico⁶⁵, o principiológico y constitucional, entre cuyo valor más

62 "En segundo lugar, el razonamiento por analogía es caracterizado como un razonamiento en el cual se infiere desde lo especial a lo especial - muchos dicen: de lo individual a lo individual-, con lo cual él se diferencia de los razonamientos deductivos y de los inductivos, ya que en el caso de la deducción, como es sabido, de acuerdo con la teoría de la Lógica clásica se infiere de lo universal a lo particular, y en el caso de la inducción se infiere, a la inversa, de lo particular a lo universal. Con todo, como ya por ejemplo Ziehen -un representante de la teoría clásica- lo observa, puede también haber razonamientos por analogía que parten de lo universal y concluyen en lo universal. Ziehen, *Lehrbuch der logia auf positivistischer Grundlage MIT Berücksichtigung der Geschichte der Logik*, en Klug (2004, p. 137).

63 Interpretativo, no bajo la noción restringida de 'interpretación extensiva'. Hecha la aclaración, compartimos la opinión de Bobbio al plantear que se trata de una "interpretación en el más genuino sentido de la palabra, puesto que reproduce, no repitiéndolo sino desarrollándolo, el núcleo mismo de la norma, configurado en su razón suficiente; y no va fuera del sistema, sino que permanece dentro de él, contribuyendo a configurar el orden jurídico como un organismo que crece y se desarrolla, pero siempre por fuerza interior y jamás, por ser imposible, fuera de sí mismo" (citado por Vásquez [2001], quien no comparte la anterior tesis).

64 Entre quienes identifican analogía con *argumentum a simili* se encuentran: Juan Carlos Mendoza Bonnet; Ulrich Klug; Monroy Cabra: "*El argumentum a simil ad simil es lo que se denomina la analogía*" (2003, p. 399); Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (concepto 00052580 del 29 de agosto de 2000); y Guastani. Aunque también se plantea el *argumentum a simile* dentro de la interpretación extensiva, y la diferenciación entre interpretación extensiva y analogía; a lo cual se ha dado respuesta argumentando que "...la distinción entre las dos cosas tiene mas bien la finalidad de eludir la prohibición de analogía (...)" Guastini (1999). Más clara resulta la proposición de Klug al discriminar la interpretación extensiva: "Esta última se limita a poner en claro la idea de la ley, ante una expresión legal demasiado restringida; la analogía, por el contrario, prosigue el desarrollo de esas ideas, es un desenvolvimiento [*fortbildung*] del derecho en la dirección emprendida por la ley" (2004, p. 140).

65 Axiología jurídica que va desde la identificación y descripción de los valores que imperan en un orden jurídico, la forma como interactúan y prevalecen entre sí en cada situación concreta. Sobre la función de la analogía en la interpretación del derecho: "La utilización de diversos métodos interpretativos en el cumplimiento de sus diversas funciones por parte de los jueces, los abogados y los juristas introduce una instancia axiológica en el proceso de selección de uno o mas determinados métodos interpretativos" (Cueeto, s.f.).

importante podemos destacar la justicia, y de entre los principios, reivindicar el de la dignidad humana.⁶⁶

Siguiendo con tal planteamiento, estimamos que derechos fundamentales ampliamente abordados por la doctrina y la jurisprudencia, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad individual y el debido proceso constituyen elementos fundamentales en el estudio de la aplicación de un silogismo jurídico mediante el recurso a la analogía como manifestación inequívoca de la supremacía constitucional y de su proyección en todo el orden jurídico.

Finalmente, la jurisprudencia nacional concibe la analogía como “la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma” (Corte Constitucional, Sentencia C-083, 1995), acogiendo las nociones clásicas sobre aplicación de las reglas de la lógica al razonamiento jurídico por analogía, ya planteados por Klug.

Regulación

Su regulación legal está contemplada por la Ley 153 de 1887 (que adiciona y reforma los códigos nacionales), cuya primera parte trata las *reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes*, y en el artículo octavo determina: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso

66 “La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base, a la vez, de la justicia, pues en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general” (Corte Constitucional, Sentencia C-083, 1995).

controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.” Esta es su consagración primigenia, pero en el sistema normativo nacional, el recurso a la analogía adquiere manifestaciones más concretas frente a la norma general; a manera de ejemplo, en asuntos contractuales el artículo 1622 del Código Civil colombiano establece que “Las cláusulas se miran todas juntas. Para hacerle otra interpretación se debe hacer uso de la analogía de otros contratos. El contrato es dinámico, por eso en la aplicación práctica pueden cambiar las condiciones de este”. En materia comercial, el artículo primero del Código de comercio establece que “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.” En el ordenamiento penal “la analogía sólo se aplicará en materias permisivas” (Congreso de la República, Art. 6º, Ley 599, 2000).

En materia disciplinaria, la Parte General del Código Disciplinario Único adoptado mediante Ley 734 (2002), contempla sobre aplicación de principios e integración normativa en el artículo 21 que:

“En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la constitución política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario”. (2002)

En tanto que, en el artículo 195, el estatuto disciplinario contempla como disposición general aplicable a los funcionarios de la Rama Judicial la integración normativa con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en el lugar que ocupan los tratados de la OIT en el artículo 21. En este mismo sentido, la Ley 1123 de 2007, por medio de la cual se estatuye el código disciplinario de los abogados, contempla la cláusula de aplicación de principios e integración normativa en el artículo 16, el cual reza:

“En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley. En lo no previsto en este código se aplicarán los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y deontología de los abogados, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Único, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario.” (Congreso de la República, Ley 1123, 2007)

La Ley 1407 de agosto de 2010, por la cual se expide el Código Penal Militar, dispone en el artículo 14 que:

“En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este Código.

Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código”. (Congreso de la República, Ley 407, 2010)

En asuntos tributarios, el numeral 9 del artículo 197 de la Ley 1607 de 2012, por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones, establece que: “En la aplicación del régimen sancionatorio prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y la ley”. Esta disposición condujo a la Corte Constitucional en sentencia C—264-13 a pronunciarse sobre la integración de la unidad normativa para el análisis de constitucionalidad en asuntos tributarios por vía de acción de inconstitucionalidad incoada contra el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, que adiciona el artículo 771-5 al Estatuto Tributario, en vista de la adición hecha por el artículo 164 de la Ley 1607 de 2012, implementando el mecanismo como medida para garantizar una decisión que no resulte inocua, evitar fallos inhibitorios y lograr el debido entendimiento de las disposiciones acusadas.

Fundamento de la analogía

La analogía ha sido fundamentada a través de tres corrientes de pensamiento: los que siguen las teorías subjetivas (de voluntad presunta de legislador) y los partidarios de las tesis objetivas (identidad de razón y tesis ontológicas). Una tercera posición surge con las tesis eclécticas.

La tesis subjetiva sustenta la analogía en una ‘voluntad presunta del legislador’. Gény, citado por Vásquez, plantea que para la aplicación analógica de la ley debe tomarse una decisión con base en lo que el legislador habría resuelto en caso de que se propusiera reglarlo. Messineo (1979), al participar de esta tesis justifica la legitimidad de la analogía en la presunción de que si el legislador hubiera previsto el caso no regulado habría resuelto ‘*con mayor probabilidad*’ de la misma manera en que resolvió la previsión del caso análogo (Vásquez, 2001, p. 619).

La tesis objetiva fundamenta la legitimidad del procedimiento analógico en una razón de identidad, que justifica el empleo de normas de derecho en caso de anomia (a situaciones no reguladas). Esta razón de identidad o semejanza se corresponde en derecho con el principio de igualdad.

Las tesis eclécticas concilian la 'voluntad presunta del legislador' y la 'igualdad de trato jurídico a casos afines'.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se afirma el fundamento de la analogía en el principio de igualdad jurídica, consagrado en el artículo 13 constitucional; así en sentencia 089 de 1995 proferida por la Corte Constitucional se expone que:

“La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general”. (Corte Constitucional, Sentencia 089, 1995)

Clasificación

La doctrina mayoritaria en materia de analogía la clasifica en: i) analogía *legis* y analogía *iuris*, según la integración del bloque normativo en que se sustenta la

analogía; ii) analogía *in bonam partem* y analogía *in malam partem*, según el efecto benéfico o perjudicial frente al sujeto al cual se aplica la norma.

Analogía legis y analogía iuris. Esta distinción parte de la base de la o las premisas a partir de las cuales se estructura el razonamiento lógico (Klug, 2004, p. 140).

La analogía *legis* se aplica cuando la solución a una controversia se busca en un silogismo jurídico de la ley vigente, es decir, de una sola norma jurídica. La analogía *iuris* se presenta cuando la solución no viene dada por un caso particular similar dentro del sistema legal vigente, sino recurriendo a varias proposiciones jurídicas a partir de la cual se extrae el principio aplicable, o recurriendo a la axiología y deontología jurídicas. Klug ejemplifica la analogía *iuris* con la denominada 'acción general de abstenerse', deber de abstención general o *neminem laedere*, "deducida de los §§ 12, 862 y 1004 del Código Civil Alemán"⁶⁷ (2004, p. 141). Bobbio plantea que entre el procedimiento de la analogía *iuris* y el recurso a los principios generales del derecho no difieren (2007, p. 236).

Atienza (1986) incluye la analogía *iuris* imperfecta, que se presenta cuando la norma o principio es extraído de un bloque normativo, como cuando se extrae de la normativa propia de una institución jurídica.

Analogía in malam partem o analogía in bonam partem. La doctrina ha distinguido entre analogía *in malam partem* y la analogía *in bonam par-*

67 Ejemplo extraído por Klug de Enneccerus-Nipperdey (1959, 1969) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1ª ed., Einleitung und Allgemeiner Teil, 15 ed., Tübingen.

tem según su aplicación resulte benéfica o perjudicial al sujeto titular de la adjudicación. Según Reyes (2002):

“La primera -*in malam partem*- surge cuando se pretende extender a casos no contemplados en la ley, figuras delictivas o sanciones previstas legalmente para otros casos, o circunstancias que agravan la situación del procesado; tal analogía no es de aplicación en nuestro derecho positivo porque resulta manifiestamente violatoria del principio de legalidad de los delitos y de las penas. La segunda -*in bonam partem*- aparece cuando su finalidad es la de favorecer al delincuente, ya sea aplicando al caso no previsto legalmente una causa de exención del delito o de la pena, ora una circunstancia de menor punibilidad” (2002, p. 52).

La interdicción de la analogía *in malam partem* en el derecho administrativo sancionador.

Los partidarios de la tesis de interdicción de la analogía en el derecho administrativo sancionador consideran que por tratarse de normas pertenecientes al orden punitivo del Estado y, en consecuencia, limitativas de derechos particulares, deviene improcedente recurrir a la aplicación analógica de dichas normas. Entre los partidarios de esta tesis está Ossa (2000), quien sostiene que el recurso a la analogía permitiría a la administración “crear tipos infraccionales o correctivos equivalentes”, por lo cual se encuentra expresamente prohibido en materia penal, sancionadora de la administración y tributaria.

De la doctrina española, García (2007) plantea que “la analogía no es aplicable a las sanciones penales o administrativas”. Pese a que García no hace una referencia concreta sobre la aplicación de la analogía en el derecho administrativo sancionador considerado en su unidad como ordenamiento especializado, en términos generales resulta muy concreto en cuanto a su negativa respecto de la aplicabilidad de la analogía en las normas tipificadoras de sanciones. El autor citado considera que la Ley de Administraciones Públicas recoge expresamente la prohibición de la analogía, pues de conformidad con el art. 129.4 de la LAP y la Sentencia del Tribunal Superior de 29 de diciembre de 1987, “Las normas definidoras de infracciones no serán susceptibles de aplicación analógica”, siendo incluso inadmisibles la interpretación extensiva (p. 57).

López (1994, p. 227-233) sostiene que la prohibición del recurso a la analogía opera en la medida en que la norma análoga produzca un efecto perjudicial para el infractor como consecuencia natural del principio de legalidad⁶⁸ y su justificación como limitante del ejercicio del poder, por lo que si su efecto resulta favorable, la analogía se encuentra avalada en el derecho sancionador; argumentos similares a los aplicables a propósito de la analogía en derecho penal.

Garberí (1998), también partidario de la interdicción de la analogía *in pejus*, precisa que el principio de tipicidad de las conductas impide el recurso a la analogía para calificar como infracciones conductas no tipifi-

68 Cano, también partidario de la interdicción de la analogía *in pejus*, sostiene que “la prohibición de la analogía *in pejus* tiene su fundamento en el principio de legalidad de las infracciones y sanciones” (p. 60). Otros partidarios de la posición recogida son: De Palma, Jiménez y Uría, citados por García (2007).

casas en la ley sancionadora o para imponer sanciones no previstas legalmente; sin embargo, no se encuentra prohibida su aplicación respecto de otros elementos del ordenamiento sancionador, como sucede con la figura de la prescripción⁶⁹ (p. 122 y s.s.).

En lo que a nivel jurisprudencial corresponde, se puede plantear que en España las consideraciones en torno al principio de legalidad han sido el fundamento para que el Tribunal Constitucional español proscriba la aplicación de la analogía en perjuicio del acusado⁷⁰. En Colombia la jurisprudencia también sigue la teoría acerca de la prohibición de la generalización o de la analogía *in malam partem*, mas no de la analogía que resulte benéfica al infractor (entre tal jurisprudencia, ver la de la Corte Constitucional colombiana: Sentencia T-145, 1993).

Respecto de la aplicación de la analogía en el derecho tributario, referido como una de las manifestaciones del derecho administrativo sancionador, también es discutida por la doctrina, la validez de recurrir a la

69 Garberí, también citado por García (2007, p. 58). Una consideración que podemos incluir en pro de esta tesis es la naturaleza limitante (o excluyente si se quiere) que ostenta la prescripción respecto del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Como ejemplo de tal afirmación, el fundamento segundo de la sentencia C-345 (1995) de la Corte Constitucional colombiana, en la cual se lee: "2. La mayoría de las legislaciones distinguen entre la prescripción del delito o de la acción penal, y la prescripción de la pena. En la primera modalidad, la cesación del *ius puniendi* del Estado se manifiesta en la eliminación de la punibilidad de la conducta (razón sustancial) o en la extinción de la acción penal (razón procesal), como consecuencia del cumplimiento del plazo fijado en la ley antes de que se profiera sentencia. La prescripción de la pena, por su parte, se concreta en el mandato del Estado (legislador) impuesto a los órganos estatales, de abstenerse de hacer efectiva la sanción impuesta al responsable de una infracción penal, cuando ha transcurrido el término de la pena."

70 Entre la jurisprudencia española que proscribe la analogía en perjuicio del acusado están: STS de 19 de diciembre de 1990, STC 181 de 1990 (citada por Nieto, 2005, p. 362); STC 75 de 27 de junio de 1984 y 182 de 15 de noviembre de 1990 (citadas por García, 2007, p. 56).

analogía en la aplicación de la ley. Bravo cita entre quienes admiten la analogía en derecho tributario a Ingrosso, Gianini y a Grisiotti; y entre quienes las inadmiten a Jorach, Berlieri y Bielsa. Bravo no considera admisible la analogía en el derecho tributario material⁷¹ “pues ello equivaldría a admitir la posibilidad de establecer tributos sin que mediara la creación legal”, pero sí la admite en el derecho tributario formal, opinión que comparte con Sáinz y García, este último refiriéndose a la noción de derecho tributario procesal (citados por Bravo, 2002, p. 179-181). La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales también acepta la aplicación analógica de la ley en derecho tributario procedimental o formal, considerándola proscrita del derecho tributario sustantivo en razón del principio de legalidad. Sin embargo, la Dirección considera que, en materia procesal, si existe norma expresa no puede desconocerse su aplicación debido a su carácter imperativo y de orden público de las normas procesales⁷² (Parra, 2006, p. 180).

En el derecho positivo disciplinario no se encuentran referencias expresas a la aplicación analógica de la ley. Sin embargo, del principio de legalidad consagrado en el artículo 4° del Código Disciplinario Único (Congreso de la República, Ley 734, 2002) se extrae la proscripción de la analogía en la tipificación de infracciones⁷³, mientras que el artículo 21° (CDU) permite

71 Derecho tributario material es “el que tiene por objeto definir el nacimiento de la obligación tributaria.” Mientras que el derecho tributario formal “es el que se relaciona con posprocedimientos aplicables para determinar la obligación tributaria y hacerla cumplir.” (Bravo, 2002, p. 179).

72 DIAN, conc. 10136, marzo 2/94.

73 “Artículo 4°: Legalidad. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.

la integración normativa con los ordenamientos administrativo, penal y procesales civiles y penales⁷⁴, por lo que en el derecho disciplinario, considerando C-214 de 1994, C-467 de 1995, C-05 de 1998, C-506 de 2002, T-145 del 21 de abril de 1993, C-310 de 1997, C-853 de 2005 C-372/2002 como una de las expresiones de la potestad administrativa sancionadora, la analogía está proscrita como medio para imputar una falta disciplinaria y, por consecuencia, para fundamentar la imposición de sanciones por aplicación indirecta de la ley.

Como viene planteado precedentemente, en el derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad se concreta en la necesidad de que a través de la ley se defina con certidumbre el objeto de lo prohibido, previamente al “momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción” (C-853 de 2005), a lo que se debe incluir la sujeción a la competencia legal que impera en el ejercicio de autoridad, que en la actuación sancionadora consideramos referido al conocimiento de aquellas conductas circunscritas al objeto de lo prohibido. Cada una de las vertientes en que se expresa el principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador constituyen las notas que impiden el recurso a la analogía *in malam partem* para la imposición de sanciones sin sustento directo en una ley del Estado.

74 “Artículo 21. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario”.

- a. *La reserva de ley.* Como afirmamos a propósito del principio de legalidad en el derecho penal, la 'reserva de ley' es la expresión que indica la competencia exclusiva del Congreso para regular determinadas materias, excluyendo así la posibilidad de regulación jurídica a través de fuentes secundarias delegadas a otros poderes del Estado⁷⁵, por lo que, como afirma Cano (2002), su fundamento "reside en el principio de división de poderes y en la exigencia de vinculación del ejecutivo y el poder judicial a la ley como expresión de la voluntad popular, única legitimada para adoptar decisiones en el ámbito sancionador" (Roxin, 1997, p. 144).

Pese a que en el derecho administrativo sancionador la reserva legal se matiza para darle un contenido más flexible con relación a su manifestación en el derecho penal, la interdicción de la analogía en esta rama encuentra un sustento en esta vertiente del principio de legalidad, pues impide a la administración crear nuevos tipos infraccionales o correctivos ajenos a la voluntad emanada del Congreso de establecer limitaciones al ejercicio de la libertad.

⁷⁵ Es la Constitución la fuente que por disposición expresa fija un asunto determinado bajo el dominio de la ley, razón por la cual el principio de legalidad está en íntima relación con la 'jerarquía normativa' y expresa una exigencia de garantía de las libertades ciudadanas.

- b. *El principio de taxatividad.* Este subprincipio de la legalidad, también conocido como mandato de tipificación “alude a que tanto la conducta como la sanción deben ser determinadas de forma que no haya ambigüedades” (Corte Constitucional, Sentencia C-333, 2001), permitiéndole al ciudadano gozar de suficiente seguridad y certeza jurídica que permita al ciudadano orientar su actuación sin transgredir los límites establecidos por el derecho.

El límite que impone el mandato de tipificación para recurrir a la aplicación analógica de la ley estriba en la imposibilidad de limitar el ejercicio del derecho fundamental al ejercicio de la libertad por actos de autoridad ajenos a la descripción legal de las conductas prohibidas, así como la atribución de responsabilidad por fuera de los lineamientos constitucionales de violación de la ley.

- c. *La prohibición de la analogía: lex stricta.* El carácter estricto de la ley es tal vez el principal sustento de la interdicción de la analogía *in peius* en el derecho administrativo sancionador, y adquiere su solidez con la taxatividad y la reserva legal. La ley se aplica única y exclusivamente a supuestos de hecho y a los sujetos cobijados por la norma.

Este principio del carácter estricto de las normas jurídicas permite vivificar el ejercicio lícito de la libertad y concretar el presupuesto constitucional de la responsabilidad jurídica al especificar el mandato superior que dispone para los particulares que solo se es responsable por la violación de la ley, y que se adiciona para los servidores públicos con la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

d. *La sujeción de la autoridad a la competencia legal.*

La vinculación de la autoridad a la legalidad implica la sujeción a un marco de competencias dentro del cual debe desenvolverse para el desempeño de sus funciones, conforme a la Constitución, la ley y los reglamentos.

La sujeción a la legalidad como medio de garantía de los ciudadanos frente al ejercicio arbitrario de prerrogativas públicas constituye a su vez una limitante para recurrir a la analogía *in peius* en el ejercicio de competencias administrativas sancionadoras desde dos aspectos.

En primer lugar, la competencia sancionadora se encuentra limitada en su ejercicio a las previsiones que el principio de legalidad adopta para la potestad punitiva del Estado que sugiere su concreción al objeto de lo legalmente prohibido, los procedimientos administrativos para la debida aplicación de la ley y los sujetos sancionables, según el caso.

En segundo lugar, la vertiente teleológica de la legalidad, como expresión de la dimensión política del principio, impide el recurso a la aplicación indirecta de la ley sancionadora pues el imperativo jurídico determina la dirección de la deontología y axiología jurídicas hacia un propósito o finalidad de interés general e interpretando las disposiciones en beneficio de los ciudadanos.

La recepción de la analogía *in bonam partem* en el derecho administrativo sancionador

Generalidades

Afirmamos en el capítulo tercero que la aplicación de una disposición por analogía parte de su soporte axiológico o constitucional, por lo que derechos fundamentales ampliamente abordados por la doctrina y la jurisprudencia, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad individual y el debido proceso constituyen elementos fundamentales en el estudio de la aplicación de un silogismo jurídico mediante el recurso a la analogía, como manifestación inequívoca de la supremacía constitucional y de su proyección en todo el orden jurídico.

Consecuentes con lo que hemos sostenido, afirmamos que la analogía se encuentra supeditada a los principios que inspiran el orden jurídico del Estado, en los cuales se fundamentan las instituciones políticas, y en los límites de las potestades estatales y de los ciudadanos, y, de ahí, en forma descendente para el análisis concreto de cada situación en particular. La interpretación que presupone la aplicación del método analógico

debe realizarse entonces bajo la luz de los postulados superiores del Estado social y democrático de derecho⁷⁶.

Cano (2002) afirma que “La prohibición de la aplicación analógica en el ámbito sancionador sólo afecta a las normas desfavorables (analogía *in peius* o *in malam partem*), pero no a las favorables, como por ejemplo las que establecen atenuantes, prevén eximentes o contemplan causas de inimputabilidad” (Cano, 2002, p. 65).

La analogía *in bonam partem* en el derecho penal

El principio recogido en el Código Penal (1980) a propósito de la aplicación de la analogía era su interdicción. El artículo 7 del mencionado estatuto establecía que “salvo las excepciones legales queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal”; sin embargo, el mismo código abría la posibilidad de recurrir a la analogía cuando estuviere referido expresamente a las circunstancias de atenuación punitiva en los siguientes términos: Artículo 65: “Analogía. Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo precedente (circunstancias de atenuación punitiva), deberá tenerse en cuenta cualquier otra análoga a ellas”.

Con la expedición de la ley 599 de 2000, la analogía entra a ser regulada dentro del principio de legalidad, por lo que el inciso final del artículo 6 (referido al principio de legalidad), contempla la aplicación analógica de la ley en materias permisivas o favorables, con lo que el

76 “Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela el razonamiento por analogía no hace, pues otra cosa que decidir que, en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley” (Corte Constitucional, Sentencia C-083, 1995).

vacío que mediaba entre la disposición del artículo 7 y la del 65 del C.P. de 1980 queda superado con la disposición actualmente vigente.

Así planteado, en el derecho penal nacional, aún en vigencia del Código Penal de 1980, la aplicación de la ley mediante el procedimiento analógico no responde propiamente a una interdicción, sino a la recepción de la analogía del tipo *in bonam partem*. Al respecto, Reyes (2002) considera que la aplicación de la analogía *in bonam partem* “no lesiona la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, sino que implica aceptación del principio de favorabilidad para el inculcado (*favor rei*)” (2002, p. 59).

La analogía y las causas excluyentes de responsabilidad. Entre los supuestos que contemplamos como ‘situación de beneficio’ al administrado o procesado, están los instituidos bajo la noción de causales de ausencia de responsabilidad.

La Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) consagra, en la parte general, como causales de ausencia de responsabilidad⁷⁷ las causales que afectan la tipicidad, causales que afectan la antijuridicidad de la conducta y las que afectan la culpabilidad, entre las que incluye (artículo 32) la insuperable coacción ajena, o impulsado por miedo insuperable, cuando se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, entre otras que en total suman 12 numerales. Esta norma perteneciente a la parte general de código es aplicable en todo el ordenamiento penal.

77 “Las causas de justificación son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, o sea en la situación de justificación”. (Jakobs, citado por Monroy, 2002, p. 328).

Por ello, en algunos casos la causa que excluye la responsabilidad puede tener efecto en la generalidad del ordenamiento y, por tanto, constituir efectivamente una causa de justificación jurídica de la conducta (como el estado de necesidad o la legítima defensa), en tanto otras excluyen (en exclusiva) el injusto penal (Gómez, 2003, p. 73-124).

A manera de ejemplo podemos ver cómo el consentimiento (art. 32, numeral 2º) excluye la ilicitud de la conducta en razón de la libre disposición de un bien jurídico por su titular; en razón a ello, la valoración del hecho en relación con la juridicidad del comportamiento materialmente perjudicial resulta indiferente. Para Gómez (2003) es una concreción legal del principio *volenti non fit iniuria* que excluye la tipicidad de la conducta; el cumplimiento de un deber legal (art. 32, numeral 3º) denota casos de atipicidad por autorización legal de la conducta que es excluida de la prohibición.

El tratamiento jurídico del cumplimiento de un deber legal se extiende al ejercicio de un derecho, actividad lícita o de autoridad o cargo público (numeral 5º), orden legítima de autoridad competente (numeral 4º)⁷⁸. Este tipo de causales excluyen el desvalor de resultado y con él la antijuridicidad general.

Entendemos por esta razón que algunas causas pueden hacer referencia a la contrariedad con el orden establecido mediante los mecanismos del derecho, no exclusivamente de naturaleza penal, como sucede con la legítima defensa; otras en cambio, guardan una relación directa con la posibilidad de disposición de bienes jurídicos; en tanto otras responden a principios supraleales

78 Según Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, citada por Gómez, 2003.

de igualdad y justicia material, por lo que su caracterización particular les permitirá ser aplicada analógicamente en otra rama del ordenamiento jurídico, como lo sería eventualmente en el administrativo sancionador, o bien, ser estructuradas para su aplicación en el derecho penal a partir de circunstancias legalmente imprevistas pero de similar entidad jurídica.

La admisión de la analogía en el derecho administrativo

Resulta escasa la bibliografía referente a la analogía en el derecho administrativo y no se contempla en la normativa sustancial vigente (Ley 1437, 2011) su interdicción o permisión expresa, por lo que la primera conclusión, fundada en la sujeción de la administración a la legalidad, es que ésta no ha sido autorizada por el legislador como principio generalmente aplicable.

Sobre la analogía en el derecho público afirma Blanco (2007) que “el derecho público en general, y fundamentalmente el derecho administrativo, que representa y estudia, este último, lo que el Estado hace, no admite por regla general las interpretaciones analógicas, comoquiera que el derecho de la administración, en general, está gobernado por el principio de competencia, según el cual las autoridades públicas sólo pueden hacer aquello que la ley expresamente les permite” (2007, p. 168).

Una consagración de la analogía en el derecho administrativo colombiano se encuentra en las disposiciones finales (libro quinto) de la parte segunda del Código Contencioso Administrativo, que remite a todo aquello no contemplado en el D. 01 de 1984 (aspectos no regulados en el Código Contencioso Administrativo) a las disposiciones del “Código de Procedimiento Civil en lo

que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo” (art. 267 del C.C.A.), el cual se replica en el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo actualmente vigente, adoptado mediante Ley 1437 de 2011 (que deja sin efectos al Decreto 01 de 1984), por lo que la remisión normativa se hace expresa a propósito de normas de naturaleza adjetiva.⁷⁹ Sin embargo, una vista general a la concepción jurídica de la analogía en el derecho colombiano nos informa de su regulación primigenia como instituto aplicable a la generalidad del ordenamiento jurídico.⁸⁰

Herrera Robles (2006) sostiene que:

“En materia administrativa la analogía es aplicable, pero con algunas limitaciones, como sucede con el ejercicio de competencias administrativas, las cuales, por ser regladas, son taxativas y de interpretación restringida; no obstante, en muchos casos aparecen como enunciados generales y abstractos cuyos contornos, especialmente para la determinación de responsabilidad, son difíciles de visualizar.

79 “En el derecho público colombiano no rige el principio de la analogía como fuente directa del derecho administrativo, por cuanto la Constitución dice de modo expreso que los funcionarios públicos deben obedecer sus normas o las que indique la ley. Por excepción rige el principio de la llamada “analogía legal”, cuando expresamente así lo dispone la ley. Por ejemplo, el art. 267 del Código Contencioso Administrativo (...)” (Penagos, 2004, p. 251 y 1982, p. 146-148).

80 De lo anterior da cuenta Villegas (1949), al considerar que “la admisión expresa de la analogía para las cuestiones civiles (Cód. Civil argentino, art. 16), no significa su extrañamiento del derecho administrativo” (1949, p. 357). En el mismo sentido se manifiesta Marienhoff (1982) al afirmar que “Dicho artículo 16 [Código Civil argentino], no obstante su ubicación, pertenece a la llamada parte general del derecho, aplicable en todos los ámbitos del mismo (p. 267). De modo que la analogía y los principios generales del derecho, si bien constituyen medios de integrar los vacíos de la ley, constituyen una base para resolver cuestiones o situaciones jurídicas no contempladas por un texto expreso, implicando, entonces, una “fuente” de derecho, porque se concreta en la “creación” de una nueva norma” (1982, p. 176 y ss.).

Igual sucede con la aplicación de las causales de inhabilidades, incompatibilidades y, en general, todas las disposiciones que limiten el ejercicio de derechos o libertades, o impongan cargas públicas” (2006).

Retomando la teoría general de la analogía, este procedimiento es aplicable en el derecho administrativo (en primer orden) entre normas de su propia disciplina. En segundo lugar, la posibilidad de recurrir a un orden diverso la autoriza el artículo 267 del C.C.A., que remite a las normas del Código de Procedimiento Civil para suplir las lagunas que se llegaren a presentar a propósito de procesos y actuaciones correspondientes a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Como tercera precisión tenemos que el derecho administrativo se relaciona con otras ramas del derecho⁸¹, siendo en algunos casos normas de otros ordenes normativos o ramas del derecho, aplicables a materias administrativas, como sucede en la actividad contractual de la administración pública⁸², en la

81 A pesar de la predicada autonomía del derecho administrativo, éste se relativiza por sus relaciones con otras ramas del derecho. La primera relación con otra rama del derecho es la que se presenta entre el derecho administrativo y el derecho constitucional, que es su fuente principal. Así también sucede con otras ramas, como el derecho civil y la regulación de la responsabilidad y de los contratos, con el derecho laboral, con el derecho penal, etc. (Rodríguez, 2001, p. 29 y 30).

82 En el derecho colombiano actual, el régimen de la contratación administrativa ha ido retomando la ordenación de derecho privado. Con la Ley 80 de 1993 se concreta la aplicación del derecho civil y comercial en la actuación administrativa contractual como regla general, sin perjuicio de las “excepciones explícitas” (art. 13, L. 80/1993), como son las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, de ahí que se hable del empleo de los medios del derecho privado para el cumplimiento de objetivos de derecho público, con lo que se retoma la autonomía negocial dispuesta para el cumplimiento de cometidos estatales (Benavides, 2004). En asuntos contractuales de la administración, por disposición del artículo 13 mencionado, también pueden resultar aplicables normas extranjeras: “Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera. Los contratos financiados con fondos de los organismos multinacionales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes”.

que el Consejo de Estado ha aceptado la aplicabilidad de la excepción de contrato no cumplido consagrada en el art. 1609 del Código Civil para los contratos bilaterales⁸³, o con la estructura del daño antijurídico a partir de la teoría del daño resarcible.⁸⁴

Otros casos en que se ha recurrido a la analogía en el derecho público ha sido en los procesos de acciones populares y de grupo antes de la expedición de la Ley 472 de 1998⁸⁵; en la motivación de decretos de designación de gobernadores por encargo del Gobierno Nacional⁸⁶; en el caso de trabajadores del Estado (DAS) víctimas del secuestro por razones ajenas al servicio, en los cuales se ha reconocido el pago de salarios y prestaciones a

83 "(...) la *exceptio non adimpleti contractus* sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio de interés público que informa el contrato administrativo (...)". Sentencia del 13 de septiembre de 2001, rad. 12.722, citada por Matallana (2005, p. 139).

84 Especialmente en los inicios del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la administración pública. "La inexistencia de un texto legal que estatuya concretamente la responsabilidad aquiliana de las entidades jurídicas y la especial de la Administración por las fallas del servicio, no fue óbice a la jurisprudencia, guiada particularmente por la ley de la analogía, para abrirles sitio en las disposiciones del derecho común, y ahora, así mismo, en el dicho artículo 16".

85 Antes de la expedición de la ley 472 de 1998, y debido a la consagración constitucional de las acciones populares y de grupo, el proceso desarrollado en virtud de tales acciones seguía la normativa de derecho civil.

86 Como sucede en el Decreto 3242 de 2005 proferido por el Ministerio del Interior y de la Justicia, "por medio del cual se designa Gobernador encargado y se convoca la elección de Gobernador del Departamento del Tolima", en el que se emplea el razonamiento por analogía del artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2002, inciso tercero, modificatorio del artículo 303 de la Constitución Política, que señala que al presentarse falta absoluta a menos de dieciocho (18) meses de la terminación del período, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del mismo "respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido". Con igual motivación, el Decreto 577 de 2006 proferido por el Gobierno Nacional.

los beneficiarios⁸⁷ y, también, se ha recurrido a la analogía para fijar el monto correspondiente al ingreso base de cotización (IBC) para trabajadores independientes (por aplicación del artículo 26 del Decreto 806 de 1998), así como el IBC en contratos de vigencia determinada (por aplicación del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, que fija el IBC en contratos de vigencia indeterminada).⁸⁸

En algunos casos la jurisdicción se rehúsa a admitir la aplicación de la analogía en las actuaciones y procesos administrativos, como sucedió con la posibilidad de reconocer sueldos y prestaciones dejados de devengar durante la suspensión del cargo judicialmente ordenada contra un funcionario público posteriormente exonerado de responsabilidad, en el cual se abstuvo de aplicar la normativa que reconoce el pago de dichos derechos en caso de suspensiones decretadas en investigaciones disciplinarias.⁸⁹

87 Por aplicación analógica del artículo 46 del Decreto Ley 2146 de 1989 que establece el procedimiento para reconocer a los beneficiarios de los empleados del DAS, secuestrados o hechos cautivos por razones del servicio o con ocasión del mismo, un porcentaje del salario y de las prestaciones correspondientes en las condiciones allí establecidas. (Sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, rad. No. 1413, 2002).

88 Ver: Oficina Jurídica del Ministerio de Protección Social, Concepto No. 00748 de 21 de enero, y Ministerio de la Protección Social y del Ministerio de Hacienda, Circular Conjunta No. 00001. También en: Oficina jurídica IFI-Concesión de Salinas. (2005).

89 El Consejo de Estado no admite la posibilidad de reconocer sueldos y prestaciones dejados de devengar durante la suspensión del cargo ordenada por la justicia penal y luego de haber sido exonerado de toda responsabilidad dentro de la investigación. El Decreto 1950 de 1973 y normas posteriores, como la Ley 13 de 1984, y el Decreto 482 de 1985, contemplaban la posibilidad de pago de sueldos y prestaciones si no se imponía sanción disciplinaria de destitución o de suspensión o si la impuesta era inferior al término de la separación provisional del servicio cuando se tratara de suspensión como medida precautelar para adelantar una investigación de naturaleza disciplinaria. La Ley 200 de 1995, Código Disciplinario Único, prevé el derecho del servidor suspendido al reconocimiento y pago de la remuneración dejado de percibir durante el lapso de la suspensión en los casos enlistados en el artículo 116 (ibídem). Las normas citadas son de aplicación en casos de investigaciones disciplinarias, y no son aplicables por analogía en casos de suspensiones del cargo judicialmente decretadas. Sin embargo, en tales casos el Consejo de Estado reconoce el derecho al pago de indemnización por acaecimiento de 'daño antijurídico' consagrado en el artículo 90 constitucional por vía de reparación directa (C. de E., S. P. de lo C. A., 2002).

La analogía *in bonam partem* en el derecho administrativo sancionador

En lo correspondiente al principio de interdicción de la analogía, la discusión adquiere importancia con ocasión de la falta de instituciones que garanticen ese debido proceso que debe guiar las actuaciones judiciales y administrativas, particularmente cuando el objeto del debate está centrado en la calificación de conductas ciudadanas y la imposición de sanciones en instancias administrativas. Por ello, el paralelo con el derecho penal, en el cual sus instituciones han venido decantándose para constituirse en un verdadero límite para el ejercicio del poder punitivo del Estado y en instrumento de garantía de los derechos individuales.

En cuanto a la aplicación de la analogía en derecho administrativo sancionador imperan dos teorías: a) las tesis que predicen la interdicción de la analogía, referida a propósito del capítulo que precede; y b) la tesis de la proscripción de la generalización o de interdicción de la analogía *in malam partem*, también denominada analogía *in pejus*.

Según la tesis de la prohibición de la generalización, el recurso a la analogía es válido siempre que no resulte perjudicial al administrado o procesado; por tanto, no se proscribe su aplicación cuando el recurso resulte benéfico al titular de la adjudicación o aplicación de la norma. Esta tesis fue planteada por Jakobs, quien en relación con la aplicación de la analogía en derecho penal la denomina prohibición de la generalización (de la analogía *in malam partem*), mas no de la analogía. La 'teoría de la generalización', siguiendo a Prunotto Laborde -quien cita a Jakobs-, "está dirigida al aplica-

dor de la ley y consiste en que éste “no puede nunca aumentar el nivel de generalización de los elementos positivos del tipo delictivo, es decir, llegar a ser más general, ampliando así el ámbito de aplicación” (Pruotto Laborde, s.f., p. 4).

Un precedente paradigmático en la jurisprudencia contencioso-administrativa colombiana, está constituido por la decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado con fecha agosto 9 de 2016, con ponencia del Honorable Magistrado William Hernández Gómez, por medio de la cual se resuelve la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho con ocasión de la sanción de destitución del cargo e inhabilidad general por el término de 18 años impuesta por la Procuraduría General de la Nación (PGN) a la entonces Senadora Piedad Córdoba Ruíz, con base en un acervo probatorio constituido por los documentos incautados durante la operación implementada por miembros de la Fuerza Pública que tuvo por objeto adelantar bombardeos de Angostura, y con los cuales se dio muerte a alias “Raúl Reyes”, comandante de las FARC-EP. En esta ocasión, el Consejo de Estado va más allá del aspecto exclusivamente sustancial de la falta disciplinaria, recurriendo a la aplicación analógica de las normas de procedimiento penal y a los protocolos de cooperación internacional en materia penal, persiguiendo un efecto *pro homine*, con el cual estructura la razón fundamental para declarar la ilicitud de la prueba que sustentó la sanción disciplinaria impuesta por parte de la Procuraduría General de la Nación contra la senadora Córdoba.

Conclusiones

El derecho administrativo sancionador, como manifestación de la potestad punitiva del Estado, comparte sus principios con el derecho penal, siendo estas ramas del derecho las manifestaciones del fundamento y los límites del sistema punitivo nacional.

En el derecho administrativo sancionador, dado su carácter novedoso para la ciencia jurídica, los principios jurídicos se han venido decantando a partir del derecho penal y del derecho administrativo para construir a partir de ellos su propia principiología, que surge implícita desde la Constitución Política nacional, especialmente con la consagración en el artículo 29 del derecho fundamental al debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

El principio de interdicción de la analogía ha sido sustentado en el principio de legalidad, haciendo alusión expresa al imperativo que determina que, para la imposición de sanciones, la autoridad debe proceder con fundamento en una ley previa, cierta y estrictamente aplicable a la conducta que se imputa como contravención del orden.

Analizado el contenido del principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador comprobamos que este principio, en su dialéctica con la axiología y la deontología jurídica, verifica su carácter de fundamento y limitante de la potestad punitiva estatal también para recurrir a la aplicación indirecta de la ley como medio de suplección de vacíos normativos, siendo una de sus consecuencias la interdicción de la analogía peyorativa al administrado.

La aceptación de la analogía *in bonam partem* constituye un paradigma en los medios de integración del derecho y en las fuentes del ordenamiento jurídico como respuesta a la funcionalidad de la institución bajo la guía propia de los pilares en que se sustenta el modelo de Estado contemporáneo.

Así también sucede en el derecho administrativo sancionador, ordenamiento en el cual rige como principio la posibilidad de recurrir a la aplicación analógica de la ley, siempre y cuando el recurso a la analogía resulte benéfico para el administrado. Por esta razón, la interdicción de la analogía en el derecho administrativo sancionador se restringe a la aplicación peyorativa de la institución.

La aplicación de principios sustanciales del derecho penal, como el de antijuridicidad y el de culpabilidad, en el ordenamiento sancionador administrativo y la consecuente identidad modulada entre las categorías dogmáticas de los ilícitos penales y administrativos nos conducen a estimar la posibilidad de encontrar circunstancias que excluyan la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas, similar al funcionamiento de las causales eximentes de responsabilidad consagradas para el derecho penal en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 por aplicación indirecta de la ley en caso de vacío en la normativa administrativo-sancionadora.

De conformidad con lo analizado, la aplicación matizada de principios del derecho penal al orden administrativo sancionador y la identidad esencial que media entre las categorías dogmáticas que estructuran delito e infracción como manifestaciones de lo ilícito

to, permiten llenar los presupuestos que hacen viable la aplicación analógica de la ley penal en el derecho administrativo sancionador, siendo la institución de las eximentes de responsabilidad una de las situaciones en las que se verifica un carácter jurídicamente benéfico para el procesado o administrado. Así planteado, en el momento en que se controvierta una situación de derecho administrativo sancionador deberá analizarse inicialmente la forma en que se estructura la infracción y cómo se sistematizan los elementos que la erigen para determinar, en primer lugar, la consolidación de una conducta como infracción, y/o en segundo lugar, la posibilidad de recurrir a la aplicación analógica de la ley penal para solicitar el reconocimiento de una causal eximente de responsabilidad en el derecho sancionador administrativo.

Aunque la doctrina no resulta pacífica en torno al objeto central de la investigación desarrollada, la jurisdicción da muestras fehacientes de un desarrollo progresivo de una línea fundamentada en las características que identifican la existencia de un derecho punitivo del Estado, facilitando la integración del sistema normativo de derecho sancionador, implementando entre sus ramas el recurso a la analogía. Una muestra de estos desarrollos, sin duda de gran valor académico y de una importancia sin precedentes en el contexto sociopolítico latinoamericano, es la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por medio de la cual declara la nulidad de la sanción disciplinaria de pérdida de la investidura y de inhabilidad contra la senadora Piedad Córdoba Ruíz impuesta por la Procuraduría General de la Nación, con ocasión de la información extraída de computadores

incautados en el campamento de las FARC-EP, luego del bombardeo en el que se dio muerte al comandante “Raúl Reyes” por parte de miembros de las Fuerzas Armadas, en la cual el órgano de cierre va más allá de los aspectos sustanciales para aplicar la integración normativa respecto de la valoración de la prueba. Las necesidades de protección de los derechos humanos y la inestabilidad política en la región ameritan aumentar los esfuerzos en este sentido.

Referencias

- Ahumada, F. (2001). *Materiales para el estudio del derecho administrativo económico*. Madrid: Dykinson.
- Atienza, M. (1986). *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas.
- Alcácer, R. (2004). *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Baca, L., Bokser-Liwerant, J., Castañeda, F., Cisneros, I. Pérez, G. (compiladores). (2000). *Léxico de la Política*. Madrid: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Fondo de Cultura Económica-FCE.
- Bacigalupo, E. (1994). *Manual de derecho penal, parte general*. Bogotá: Temis.
- Bailón, R. (1998). *Legislación laboral*. México: Limusa.
- Bailone, M. (s.f). *El liberalismo penal. Cómo procurarse buenos precursores*. [En línea]. Recuperado de: http://www.ipic.org.pe/doc/revista/ene07/liberalismo_precursos.pdf
- Benavides, J. (2004). *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bermejo, J. (2005). *Derecho administrativo, parte especial*. Sexta edición. Madrid: Thomson-Civitas.
- Blanco, G. (2007). *Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano*. Barranquilla: Uninorte.

- Bobbio, N. (2007). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Bonnecase, J. (2000). *Introducción al estudio del derecho*. Bogotá: Temis.
- Bravo, J. (2002). *Nociones fundamentales de derecho tributario*. Bogotá: Legis.
- Brewer-Carías, A. (2005). *Derecho administrativo, Tomo I. Principios del derecho público, administración pública y derecho administrativo, personalidad jurídica en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Universidad Central de Venezuela.
- Cano, T. (2002). La analogía en el derecho administrativo sancionador. *Revista española de derecho administrativo*, 113(1). 51-88
- Cortaza, C. (2005). Separación entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. *Revista Jurídica*, 18(1).
- Cueto, J. (s.f.). *La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación*. [En línea]. Extraído el 10 de enero de 2008 de: www.cervantesvirtual.com
- De Vicente, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Laubadère, A. (1984). *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis.
- Diccionario Jurídico Espasa. (2001). *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Espasa.

- Estados Unidos Mexicanos. Suprema Corte de Justicia de México. Tesis jurisprudencial N° 99 (agosto 15 de 2006). *Contradicción de Tesis 154/2005-Ps*. Ponente: José Ramón Cossío Díaz
- Fernández, J. (1996a). *Hobbes y Rousseau, entre la autocracia y la democracia*. México: FCE.
- Fernández, J. (1996b). *Locke y Kant. Ensayos de filosofía política*. México: FCE.
- Fiandaca, G. y Musco, E. (2006). *Derecho Penal, parte general*. Bogotá: Temis.
- Forero, G. (2005). *Sanciones tributarias*. Trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Manizales, Colombia.
- Garberí, J. (1998). *El procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- García, F. (2007). *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*. Madrid: Comares.
- García, E. y Fernández, T. (1986). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- García, M. (1982). La Constitución. En: *Los estudios de un joven de hoy*. Madrid: Fundación Universidad-Empresa.
- Garrido, F., Palomar, A. y Losada, H. (2006). *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: Tecnos.

- Garrido, M. (2003). La utilidad del iuscomparatismo en la armonización de los sistemas jurídicos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 36(108). 907-926.
- Gómez, C. (2003). Sistemática de las causales de exclusión de culpabilidad. En J. Cuellar (Coordinador), *Memorias de las XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. (73-124). Bogotá, Colombia.
- Gómez, I. (1994). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Consejo general del poder judicial.
- Gordillo, A. (1998). *Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado*. Bogotá: Fundación de Derecho Administrativo, DIKE Biblioteca jurídica.
- Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: UNAM.
- Herrera, A. (2006). *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*. Barranquilla: Uninorte.
- Huergo, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid: IUSTEL.
- Klug, U. (2004). *Lógica jurídica*. Bogotá: Temis.
- Lamprea, P. (2003). *Manual de derecho contencioso administrativo, control fiscal - jurisdicción coactiva*. Bogotá: Legis.
- Lewin, A. (2002). *Principios constitucionales del derecho tributario. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional, 1992-2001*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario.

- López, I. (1994). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Consejo general del poder judicial.
- Lozano, B. (2007). *Derecho ambiental administrativo*. 8ª edición. Madrid: Dykinson.
- Martín, R. (2002). *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Trivium.
- Marienhoff, M. (1982). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Teoría General. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Matallana, E. (2005). *Manual de contratación de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mendoca, J. (1998). El argumento de analogía. *Revista Jurisprudencia del sur*, 3(1).
- Merkel, A. (2004). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Albolote: Comares.
- Merlano, J. (2008). La identidad sustancial entre el delito y la infracción administrativa. Anotaciones a propósito de la aplicación analógica de la ley en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Derecho*, (30). 341-360.
- Merlano, J. (2010). La responsabilidad jurídica de abogados y administradores de justicia en el derecho colombiano. *Revista de Derecho*, (33).
- Merlano, J. (2011). La calificación de invalidez: Salud pública, debido proceso y responsabilidad del particular en la función pública. *Jurídicas CUC*, 7(1).

- Merlano, J. (2016). *El Derecho y la Sociedad: El Derecho como Sistema*. [Blog]. Disponible en: <https://diletanteblog.wordpress.com/category/teoria-y-filosofia-del-derecho/>
- Messineo, F. (1979). *Manual de derecho civil y comercial. Tomo I*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA).
- Monroy, M. (2003). *Introducción al derecho*. Bogotá: Temis.
- Monroy, W. (2002). Causales de exclusión de la antijuridicidad. En F. Velásquez, *Manual de derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz, S. (2006). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid: Iustel.
- Nieto, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Ossa, J. (2000). *Derecho Administrativo Sancionador*. Bogotá: Legis.
- Palacio, J. Á. (2004). *Derecho procesal administrativo*. 4 edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Parejo, L. (2003). *Derecho administrativo*. Madrid: Ariel.
- Parra, A. (2006). *Planeación tributaria y organización empresarial. Estrategias y objetivos*. Bogotá: Legis.
- Penagos, G. (1982). *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Bogotá: Librería del Profesional.
- Penagos, G. (2004). *Derecho administrativo, nuevas tendencias*. Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.

- Pérez, J. (2003). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis.
- Prunotto, A. (s.f.). *Recepción de la analogía en el derecho penal*. Extraído el 10 de enero de: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/>
- RAE (2017). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. [En línea]. Recuperado de <http://www.rae.es>
- Ramírez, M. (2008). Postura de la Corte Constitucional Colombiana en relación con el poder sancionador de la administración. *Revista de Derecho*. 28(1). 300-328.
- Rebollo, M., Izquierdo, M., Alarcón, L. y Bueno, A. (2005). Panorama del derecho administrativo sancionador en España. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 7(1). 23-74.
- Reino de España. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 16 (febrero 23 de 2004). *Nº de recurso: 1784/1999*. Magistrado ponente: Dr. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.
- Reino de España. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 42 (abril 7 de 1987). *Nº de recurso: 520/85*. Magistrado ponente: Dr. Angel Latorre Segura.
- República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo. Sala Constitucional. Sentencia (marzo 6 de 2001). *En la cual ventila las diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*.

República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1437. (enero 18 de 2011). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial No. 47.956.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de consulta y Servicio Civil. Rad. 1454 (octubre 16 de 2002). Consejero ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia (septiembre 8 de 2005). *Rad.: -23-24-000-2001-00358-01 (14379)*. Magistrada ponente: Dr. María Ortiz Barbosa.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Providencia (octubre 20 de 2005). *Rad.: 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579)*. Consejero ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

República de Colombia. Consejo de Estado, sección segunda, subsección A de la sala de lo Contencioso Administrativo. Providencia (agosto 25 de 2005). *Rad: N° 1100103250002001-091-00 (1265-2001)*. Consejero ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia (mayo 30 de 2002). *Rad.: 73001-23-31-000-1996-13147-01(IJ-004)* Magistrado ponente: Dr. Alberto Arango.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia (abril 25 de 2002). *Rad.: 1413*. Consejero ponente: Dr. Flavio A. Rodríguez Arce.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia (agosto 9 de 2016). *Referencia: 11001032500020110031600*. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez (e).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-145 (abril 21 de 1993). *Expediente T- 7067, adelantado por la Sociedad Bradford y Rodríguez Ltda. contra el director de licitaciones y contratos del Ministerio de Obras Públicas y Transporte*. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-195 (mayo 20 de 1993). *Expediente 208, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra el Decreto Ley No. 100 de 1989, por el cual se reforma el régimen disciplinario para la Policía Nacional, aprobado y adoptado por el Decreto 1835 de 1979*. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-214 (abril 28 de 1994). *Expediente D-394, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra el artículo 190 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, expedido mediante el Decreto Ley 1344 de 1970 y por el Decreto extraordinario 1809 de 1990*. Magistrado ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-083 (marzo 1 de 1995). *Expediente D-665, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra el artículo 8 de la Ley 153 de 1887*. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-345 (agosto 2 de 1995). *Demanda No. D-816, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra el artículo 82 del Decreto 100 de 1980-Código Penal*. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-467 (octubre 18 de 1995). *Expediente T-72394, por la cual se resuelve una acción de tutela incoada contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-280 (junio 25 de 1996). *Expediente D-1067 y D-1076, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra los artículos 20 (parcial), 22 (parcial), 25 (parcial), 27 (parcial), 29 (parcial), 31 (parcial), 32 (parcial), 41 (parcial), 43 (parcial), 52, 61, 66 (parcial), 73 (parcial), 79 (parcial), 82 (parcial), 110, 115, 116 y 177 (parcial) de la Ley 200 de 1995, "por la cual se adopta el Código Disciplinario Único"*. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-157 (marzo 19 de 1997). *Expediente D-1434, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra los artículos 1 y 2 de la Ley 308 de 1996, los cuales modifican y adicionan el código penal adoptado mediante Decreto 100 de 1980*. Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-310 (junio 25 de 1997). *Expediente D-1515, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra los artículos 25-4, 26 inciso primero (parcial), 30-1, y 175 (parcial) de la Ley 200 de 1995 -Código Disciplinario Unico*. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-005 (enero 22 de 1998). *Expediente D-1725, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra el inciso 3 del artículo 161 de la Ley 223 de 1995 "por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones", que modificó el artículo 589 del Estatuto Tributario*. Magistrado ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-160 (abril 29 de 1998). *Expediente D-1841, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra el artículo 651 (parcial) del Decreto 624 de 1989 del Estatuto Tributario, tal como fue modificado por los artículos 55 de la Ley 6 de 1992 y 132 de la Ley 223 de 1995*. Magistrado ponente: Dra. Carmenza Isaza.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-564 (mayo 17 de 2000). *Expediente D-2642, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra el artículo 3 (parcial) del Decreto 1746 de 1991, "por medio del cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Superintendencia de Control de Cambios"*. Magistrado ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1161 (septiembre 6 de 2000). *Expediente D-2581, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra los artículos 52, 209 parcial y 211 parcial del Decreto Ley 663 de 1993, "por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración"*. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-333 (marzo 29 de 2001). *Expediente D-3189, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra el artículo 235 del Código Penal, modificado por el artículo 1 del Decreto 141 de 1980*. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-312 (abril 30 de 2002). *Expediente D-3766, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra el artículo 79, numeral 5, de la Ley 600 de 2000, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"*. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-372 (mayo 15 de 2002). *Expedientes acumulados D-3770 y D-3775, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001 y el parágrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998 "por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"*. Magistrado ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-506 (julio 3 de 2002). *Expediente D-3852, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra artículos del Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario), del Decreto 2512 de 1987 y del Decreto 1071 de 1999*. Magistrado sustanciador: Dr. Marco Monroy Cabra.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-616 (agosto 6 de 2002). *Expediente D-3860, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra el artículo 41 de la Ley 633 de 2000, "por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial"*. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-762 (septiembre 17 de 2002). *Expediente D-3972, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra los artículos 10, 11 y 14 de la Ley 733 de 2002*. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-406 (mayo 4 de 2004). *Expediente D-4874, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra artículos de la Ley 32 de 1979, "por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones"; del Decreto Ley 1172 de 1980, "por el cual se regula la actividad de los Comisionistas de Bolsa"; y de la Ley 27 de 1990 "por la cual se dictan normas en relación con las bolsas de valores, el mercado público de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto"*. Magistrado ponente: Dr. Clara Inés Vargas Hernández.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-853 (agosto 17 de 2005). *Expediente D-5637, por la cual se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra artículos el parágrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993, "por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones"*. Magistrado ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-264 (mayo 8 de 2013). *Expedientes D-9314 y D-9323 acumulados, demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, "por medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad"*. Magistrado ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-475 (mayo 18 de 2004). *Expedientes D-5020, Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 3° del artículo 1° del Decreto - Ley 1074 de 1999, por el cual se establece el Régimen Sancionatorio aplicable a las infracciones cambiarias en las materias de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN*. Magistrado ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

República de Colombia. Ministerio de Protección Social. Oficina Jurídica. (Enero 21 de 2005). *Concepto No. 00748 en el que se enuncian los criterios relativos a la fijación de base mínima de cotización para el sistema de seguridad social en salud*.

República de Colombia. Ministerio de Protección Social. Oficina Jurídica. (Enero 21 de 2005). *Directriz jurídica No.001. IFI-CONCESIÓN DE SALINAS*. Salinas de Colombia.

Reyes, A. (2002). *Derecho Penal*. Bogotá: Temis.

Rivero, J. (2002). La Administración y el Derecho. En: *Páginas de derecho administrativo*. Bogotá: Temis - Universidad del Rosario.

Rodríguez, L. (2001). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.

Rosales, E. (2006). Sistema penal y reforma legal en Venezuela: La tensión entre el Estado constitucional y el Estado policial. *Revista CENIPEC*, 25(1). 175-230.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. España: Civitas.

Sánchez, M. (2004). *Derecho administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos.

Santofimio, J. (2003a). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio, J. (2003b). *Acto administrativo*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio, J. (2005). *Contencioso administrativo*. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santos, J. (2005). *Construcción doctrinaria de la revocación del acto administrativo ilegal*. [Tesis de grado en derecho]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Soto, C. (1982). *Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil*. Tercera edición. México: Editorial Limusa-Noriega.
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de la responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.
- Tocora, F. (2002). *Principios penales sustantivos*. Bogotá: Temis.
- Torré, A. (1965). *Introducción al derecho*. Quinta edición. Bs. As.: Abeledo-Perrot.
- Urbano, J., Mariño, C., Barreto, H. y Ruiz, C. (2002). *Lecciones de Derecho penal general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vásquez, A. (2001). *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. Segunda edición. Editoriales Temis (Colombia) e Idemsa (Perú).
- Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo*. Traducción de la 6ª edición francesa. Madrid: Aguilar S.A.
- Velásquez, F. (2004). *Manual de derecho penal, parte general*. Segunda edición. Bogotá: Temis.
- Vélez, J. (1996). *Los dos sistemas de derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado*. Segunda edición. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda.
- Villegas, B. (1949). *Derecho administrativo*. Introducción. Tomo 1. Buenos Aires: Tipográfica editora argentina.

Javier Enrique Merlano Sierra

Abogado (Universidad del Norte, Colombia), Especialista en Derecho Público (Universidad Externado de Colombia), con estudios en gobernabilidad y gerencia política (Universidad del Rosario, George Washington University, Banco de Desarrollo para América Latina -CAF), liderazgo para la transformación social (Universidad del Rosario, CAF) y candidato a Magister en Relaciones Internacionales con orientación en derecho internacional por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Actualmente se desempeña como abogado adscrito a la Secretaría General de la Universidad de la Costa, profesor en la facultad de derecho de la misma Universidad y es miembro de la Red Latinoamericana de Gobernabilidad –Iniciativa del Banco de Desarrollo para América Latina-CAF.